

## **Einführung und Allgemeiner Teil des StGB**

### **I. Grundlagen des Strafrechts: geschichtliche Entwicklung, verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und Grundprinzipien**

#### **1. Kurzer Rückblick**

##### **a) Mittelalter**

Fehde, Gottesurteile, private Verfolgung, Leumundszeugen erst im späten MA Ansätze eines staatlichen Strafrechts

##### **b) Frühe Neuzeit**

- Erste reichsweite Kodifikation (Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. – sog. Constitutio Criminalis Carolina, 1532)
- Hohe (Blut-) Gerichtsbarkeit („Strafen an Leib und Leben“; insbes. auch Todesstrafe) in den Händen des Territorialherren, niedere Gerichtsbarkeit („Strafen an Haut und Haar“; Prügelstrafe, Pranger, Verbannung etc.) vor allem in den Händen lokaler Herren (Grundherren, Stadtherren – dazu kann man im Berliner Nicolai-Viertel noch Reste erleben).
- Das Strafrecht in der frühen Neuzeit ist in besonderem Maße mit der Ehre verbunden; die Straftat und ihre Bestrafung entehrt nicht nur den Delinquenten, sondern auch dessen Familie; die Ehre meint dabei weniger einen ehrenhaften Lebenswandels, als den Status innerhalb der ständisch-feudalen Gesellschaft, der durch Entehrung reduziert wurde. Für die Ehre war auch die konkrete Form der Strafvollstreckung maßgeblich; so war Enthaupten grundsätzlich nicht ehrmindernd, wohl aber alle anderen Formen der Vollstreckung eines Todesurteils (Erhängen, Verbrennen, Viertelern, Rädern, lebendig Begraben etc.).
- Das Strafverfahren war geheim und wurde vom Richter als Untersuchungs- wie Entscheidungsinstanz betrieben (Inquisitionsprozess); die Strafvollstreckung war öffentlich (quasi „Prozession“ zur Hinrichtung). Insofern ist es heute umgekehrt: Das Strafverfahren ist seit dem 19. Jh. öffentlich, der Strafvollzug dagegen nicht.
- Folter war zulässig, aber nur wenn bereits ein Belastungszeuge vorhanden war („Zweier Zeugen Mund tut der Wahrheit kund“ – „unus testis nullus testis“)
- Hexenprozesse („Hexenhammer“ – lat. maleus malificarum, Ende 15. Jh., Höhepunkt aber erst im 16. und frühen 17. Jh.) – Wegen der Besonderheiten der Hexerei- und Zauberei-Delikte (crimen magiae) waren die rudimentären rechtsstaatlichen Sicherungen der Carolina weitgehend außer Kraft gesetzt; so war hier die Folter unbegrenzt zulässig.

##### **c) Aufklärung und 19. Jahrhundert**

- Aufklärung: Ende der Folter (Friedrich der Große, 1740) und der Hexenprozesse; Humanisierung der Strafen und Technisierung von deren Vollzug (Guillotine); Freiheitsentzug gewinnt an Bedeutung.

- 1813: Das Bayerische Strafgesetzbuch als erste moderne Strafrechtskodifikation, geprägt durch Feuerbach („nulla poena sine lege“)
- 1851: Das Preußische StGB, das später zum StGB des Norddeutschen Bundes und 1871 zum Reichs-StGB (RStGB) wird und formal – wenn auch mit zahlreichen Änderungen – bis heute in Geltung ist.

#### **d) 20. Jahrhundert**

- Bis zum 1. Weltkrieg gab es kaum Änderungen; in der Weimarer Republik wurde dann das Jugendstrafrecht verselbständigt
- in der NS-Zeit kam es zu einigen typisch nationalsozialistischen Veränderungen (z.B. Aufhebung des Analogieverbots und der strikten Strafrahmen, massive Ausweitung der Todesstrafe, Entrechtung einzelner Bevölkerungsgruppen wie der Juden, sog. „Fremdvölkischen“ etc.). Später wurde das Strafrecht weitgehend in ein Polizeirecht ohne jeden Rechtsschutz verwandelt.
- nach dem 2. Weltkrieg hoben die Alliierten das typisch nationalsozialistische Recht auf, aber es blieben zahlreiche Normen bestehen, die in der NS-Zeit entstanden sind. 1949 wurde die Todesstrafe abgeschafft.
- in den 1950er Jahren war das Strafrecht stark von christlich-konservativen Naturrechtsvorstellungen geprägt; diese schlugen sich auch in der Reformdebatte und im Regierungs-Entwurf von 1962 (E62) nieder, der daher nicht mehr Gesetz wurde.
- Mitte der 1960er Jahre bis Mitte der 1970er Jahre kann man als Zeitalter strafrechtlicher Reformdebatten sehen; nach dem Alternativ-Entwurf von 1966 (AE) kam es zu einer grundlegenden Überarbeitung des deutschen Strafrechts.
- Seit 1976 werden immer wieder neue Gebiete strafrechtlich erfasst, wie z.B. das Wirtschaftsstrafrecht (1976/86), das Umweltstrafrecht (1980/94), das Computerstrafrecht etc.
- 1998 erfolgte mit dem sog. 6. Strafrechtsreformgesetz zwar zahlenmäßig die umfangreichste Reform des StGB seit 1871, doch änderte sich dadurch an der Grundausrichtung nicht so viel.
- Insgesamt wurde das StGB seit 1871 279mal geändert, davon allein in der letzten Legislaturperiode (ab 2014) 33mal! Gleichwohl gelten einige Gebiete (z.B. die Tötungsdelikte) unverändert als reformbedürftig.

## **2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen**

**a) Grundrechte** (Art. 1 – 19 GG) als Grenzen des Strafrechts: Grundrechtskonformes Verhalten darf nicht bei Strafe verboten werden, doch können Strafnormen bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt den Grundrechtsinhalt zulässig einschränken.

- So steht die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG unter dem Vorbehalt, dass nicht gegen die rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird (letzteres spielt heute keine Rolle mehr).
- Und die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsfreiheit findet „ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem recht der persönlichen Ehre“ – deswegen ist die Beleidigung und Verleumdung strafbar (§§ 185, 187 StGB), auch wenn dabei nur die persönliche Meinung geäußert wird.

## **b) Justizgrundrechte**

- Art. 102 GG: Abschaffung der Todesstrafe (in Art. 19 der EU-Grundrechte-Charta ist auch das Verbot der Auslieferung an einen Staat bei dort drohender Todesstrafe festgehalten)

- Art. 103 Abs. 2 GG: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“ (= „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ – ebenso § 1 StGB). Daraus folgen mehrere Einzelprinzipien:

(1) Analogieverbot (in malam partem – nullum crimen sine lege stricta)

(2) Rückwirkungsverbot (nullum crimen sine lege praevia)

(3) Bestimmtheitsgebot (nullum crimen sine lege certa)

(4) Schriftlichkeitsgebot (nullum crimen sine lege scripta)

- Art. 103 Abs. 3 GG: „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden“ (Doppelbestrafungsverbot als Prozesshindernis – „ne bis in idem“; auf EU-Ebene inzwischen verankert in Art. 50 der Grundrechte-Charta der EU und Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens).

**c) Schuldprinzip** nach der Rspr. des BVerfG als *der* Grundsatz des deutschen Strafrechts („nulla poena sine culpa“), wiewohl nicht im GG exemplifiziert (anders z. B. in der ital. Verfassung) – dies hat das BVerfG zuletzt in seinem Urteil vom 30.6.2009 zum Vertrag von Lissabon betont.

**d) Einfluss von der europäischen Ebene** (EU-Recht, EMRK)

## **Straftaten im Überblick**

### **I. Tötungsdelikte (§§ 211 – 222 StGB)**

#### **1. Lebensschutz als Rechtsgebot**

Mittels der Strafbewehrung des Tötungsverbots (Vgl. die 10 Gebote: „Du sollst nicht töten“) schützt der Strafgesetzgeber das menschliche Leben. Man spricht mithin davon, das Rechtsgut der §§ 211 ff. StGB sei das „Leben“. Das wird auch deutlich in der Überschrift des 16. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB: „Straftaten gegen das Leben“. Da man von dem durch eine Strafnorm (hier z.B. § 211) geschützten Rechtsgut das Angriffsobjekt der Straftat (hier: des Tötungsdelikts) unterscheidet, ist Angriffsobjekt der §§ 211 – 217, 222 der (geborene) Mensch.

Das Recht auf Leben ist im Grundgesetz ausdrücklich in Art. 2 II GG garantiert. Dazu kommt, dass der Höchstwert der Verfassung – die Menschenwürde (Art. 1 GG) – ohne menschliches Leben letztlich nicht denkbar ist, so dass Art. 1 GG in vielen Fällen die Verbürgung des Art. 2 II GG noch verstärkt. Art. 2 II GG verpflichtet zwar zunächst vor allem den Staat, lebensvernichtende Eingriffe grundsätzlich (d.h. ohne Rechtfertigung wie z.B. beim finalen Rettungsschuss der Polizei oder im Kriegseinsatz) zu unterlassen, doch folgt daraus nicht unmittelbar eine Verpflichtung aller Bürger, weil diese nicht Grundrechtsadressaten sind; allerdings führt der hohe Wert menschlichen Lebens (auch schon des ungeborenen) zu einer staatlichen Schutzpflicht, aufgrund derer sich der Staat als Grundrechtsverpflichteter schützend vor alles Leben stellen muss und deswegen Eingriffe verbieten und grundsätzlich auch unter Strafe stellen muss.

#### **2. Stufen des Lebensschutzes**

Damit ist aber noch gesagt, was menschliches Leben ist; der Kernbereich dessen ist freilich völlig klar, denn jeder lebende Mensch ist gleichermaßen geschützt, so dass niemand wegen seines Alters, einer Behinderung etc. von Rechtswegen straflos getötet werden darf (es gibt – anders als in der NS-Zeit – kein „lebensunwertes Leben“). Aber wann beginnt dieses Leben? Wann endet es (und damit der strafrechtliche Lebensschutz – postmortal bleibt nur eine strafbare Störung der Totenruhe gem. § 168 StGB)? Und gibt es strafrechtlichen Lebensschutz auch schon vor Beginn des Menschseins?

Während die Rechtsfähigkeit eines Menschen i. S. von § 1 BGB erst „mit der Vollendung der Geburt“ einsetzt, beginnt das Leben als Mensch im Strafrecht mit dem Anfang der Geburt, d.h. mit Beginn der Eröffnungswehen bzw. – beim Kaiser-Schnitt – mit der Öffnung des Uterus; dieser relativ frühe Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes wurde bis 1998 mit der Regelung der „Kindstötung“ in § 217 a.F. StGB begründet („Eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet ...“ – d.h. ein Kind und damit ein Mensch lag bereits während des Geburtsvorgangs vor), gilt aber auch heute noch fort, weil es im Strafrecht nicht – wie bei der Rechtsfähigkeit des Zivilrechts – darum gehen kann, ob jemand eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten sein soll (z.B. Erbrecht), sondern darum, den vorgeburtlichen strafrechtlichen Schutz (gegenüber Abtreibungen) vom nachgeburtlichen Lebensschutz abzugrenzen.

Wann menschliches Leben endet, ist umstritten; während früher mangels technischer Hilfsmittel der Herztod das Ende des Menschen bedeutete, kann heute trotz Beendigung der selbständigen Herztätigkeit diese durch eine Herz-Lungen-Maschine ersetzt werden, so dass viele den irreversiblen Hirntod als maßgeblich ansehen; der Gesetzgeber hat in § 3 des Transplantationsgesetzes (TPG) den Hirntod zwar nicht als definitiven Todeszeitpunkt des Menschen gesetzlich definiert, wohl aber bestimmt, dass nach dem Hirntod lebenswichtige Organe zur Transplantation entnommen werden dürfen (z.B. Herz).

Vor Beginn der Geburt besteht strafrechtlicher Schutz des Embryos gegenüber einem Schwangerschaftsabbruch durch §§ 218 – 219b StGB; auch wenn diese Normen ebenfalls im Abschnitt der „Straftaten gegen das Leben“ enthalten sind, ist ihr Rechtsgut ein anderes als das der §§ 211 ff., nämlich das „ungeborene Leben“. Eine Einwirkung auf die Leibesfrucht bis zum Beginn der Geburt ist daher nur strafbar, wenn die Voraussetzungen der §§ 218 ff. (die deutlich enger als §§ 211 ff., 222 sind) gegeben sind; so ist z.B. zwar die fahrlässige Tötung eines Menschen (§ 222), nicht aber auch die fahrlässige Abtreibung der Leibesfrucht strafbar (§§ 218 f. fordern wegen § 15 Vorsatz). Da §§ 218 – 219b nicht prüfungs- und examensrelevant sind, wird hier auf eine nähere Darstellung verzichtet. Strafbar nach dem Embryonenschutzgesetz (= Nebenstrafrecht) ist weiterhin bereits ein bestimmter Umgang mit Embryonen im Reagenzglas.

### 3. Struktur des 16. BT-Abschnitts

Die „Straftaten gegen das Leben“ i.S. der §§ 211 – 222 StGB umfassen je nach Schutzrichtung systematisch drei Gruppen:

- §§ 211 – 217, 222 sind Tötungsdelikte, d.h. sie schützen vor der Vernichtung bestehenden Lebens
- §§ 218 – 219b StGB betreffen den Schwangerschaftsabbruch und schützen mithin das ungeborene Leben (derzeit heftige Diskussion um strafbewehrtes Werbeverbot!)
- § 221 StGB (Aussetzung) schützt vor Gefährdungen des Lebens und der Gesundheit, geht also eigentlich über den Bereich der Lebensschutzdelikte hinaus.

### 4. Die einzelnen Tötungsdelikte

#### a) Systematik

Systematisch lassen sich die Tötungsdelikte weiter einteilen in vorsätzliche Straftaten (§§ 211 – 217) und in die fahrlässige Tötung (§ 222). Außerhalb des 16. Abschnitts gibt es auch andere Tatbestände des StGB, in denen an die fahrlässige oder leichtfertige Tötung als Folge einer anderen Handlung angeknüpft wird (z.B. § 227: Körperverletzung mit Todesfolge); diese werden aber traditionell nicht zu den Tötungsdelikten im eigentlichen Sinne gezählt.

Innerhalb der Gruppe der vorsätzlichen Tötungsdelikte ist deren Verhältnis untereinander umstritten. So sehen viele (mit guten Gründen!) nicht § 211 (Mord), sondern § 212 (Totschlag) als den Grundtatbestand an; der Mord ist dann eine Qualifikation (= benannter Strafschärfungsgrund) des Totschlags, weil ein Mord darin besteht, dass eine vorsätzliche Tötung (= Totschlag) mit mind. einem der in § 211 II genannten Mordmerkmale zusammenkommt. Dagegen sieht die Rspr. in Mord und Totschlag aus historischer, systematischer (§ 211 steht vor § 212) und grammatischer Hinsicht (in § 212 I steht: „ohne Mörder zu sein“), aber ohne überzeugende inhaltliche Begründung zwei sich einander ausschließenden selbstständige Tatbestände („aliud“). – In einer Fallbearbeitung hat diese Streitfrage verschiedene Konsequenzen, auf die im Verlauf der VL Modul I immer wieder zurückzukommen sein wird (z.B. Täterschaft und Teilnahme im SoSe 2019).

→ M.E. spricht im Ergebnis viel für die in der Literatur (d.h. innerhalb der Strafrechtswissenschaftler) vorherrschende Position, dass Mord Qualifikation zum Totschlag ist; diese wird deshalb im Folgenden zugrunde gelegt.

§ 213 enthält eine Strafmilderung für bestimmte Konstellationen (nur) eines Totschlags, nicht auch des Mordes (weil darin explizit der „Totschläger“ genannt ist. § 216 (Tötung auf Verlangen) enthält eine Privilegierung zu § 212, geht aber – beim parallelen Vorliegen von Mordmerkmalen – nach der h.M. (= herrschenden Meinung) als Spezialregelung auch § 211 vor.

#### b) Grundtatbestand: Totschlag, § 212 I

Objektiv (= äußere Tatseite) ist dieser erfüllt, wenn jemand durch sein Verhalten (= Handlung im strafrechtlichen Sinne: Tun oder Unterlassen) den (Hirn-)Tod eines Menschen (mit-) verursacht. Damit ist § 212 ein typisches Erfolgsdelikt; der tatbestandliche

Erfolg (= Tod) muss dabei von der Tathandlung (der für den Tod verantwortlichen Handlung, z.B. einem Schuss etc.) getrennt werden können. Der Tatbestand des § 212 I ist nur verwirklicht, wenn der Tod des Menschen definitiv eingetreten ist, nicht bereits bei der Abgabe eines Schusses etc. Geht der Schuss daneben oder stirbt der Verletzte nicht, bleibt aber eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22).

Die Klausel „ohne Mörder zu sein“ ist nur historisch erklärbar und hat für den Inhalt des Totschlags-Tatbestandes keine Bedeutung (wohl aber u.U. für das Verhältnis von § 212 zu § 211, s.o.); sie darf daher nicht im Rahmen der Prüfung von § 212 I geprüft werden! Nicht tatbestandsmäßig ist die Verursachung des eigenen Todes (z.B. Suizid), einerseits weil nach Eintritt des tatbestandlichen Erfolges (= Tod) der Verursacher nicht strafrechtlich verfolgt werden könnte, vor allem aber, weil dem deutschen Strafrecht grundsätzlich eine Strafbarkeit von Selbstverletzungen fremd ist. Ausnahmsweise sieht § 217 seit 2015 aber eine Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung einer Selbsttötung vor.

Subjektiv (= innere Tatseite) erfasst § 212 nur vorsätzliche Tötungen (fahrlässige Tötungen sind gem. § 222 strafbar); das folgt aus der AT-Regelung des § 15, wonach ohne expliziter Einbeziehung von Fahrlässigkeit nur bei Vorsatz eine Strafbarkeit gegeben ist.

### **c) Qualifikation: § 211**

Qualifikationen sind benannte Strafschärfungsgründe, bei denen sich aus dem Hinzutreten eines oder mehrerer im Gesetz genannter Umstände bei vollumfänglicher Verwirklichung des Grundtatbestandes (hier: § 212 I) eine schärfere Strafe ergibt. Da § 211 II – wie § 212 I – objektiv und subjektiv fordert, dass jemand einen anderen Menschen vorsätzlich (§ 15) tötet, ist der Totschlags-Tatbestand im Mordtatbestand enthalten. Ist wenigstens eins der in § 211 II aufgezählten Mordmerkmale gegeben, führt dies zu einer Strafschärfung zu zwingend lebenslänglich (§ 211 I). Im Unterschied dazu ist der unbenannte Strafschärfungsgrund des § 212 II keine Totschlags-Qualifikation, weil das Gesetz nicht fordert, dass (und ggf. was) zum Tatbestand des § 212 I hinzutreten muss, damit auch bei einem Totschlag eine lebenslängliche Freiheitsstrafe verhängt werden kann.

Man unterscheidet die Mordmerkmale danach, ob sie objektiv und subjektiv gegeben sein müssen (2. Gruppe), oder ob es sich nur um eine besonders verwerfliche Motivation des Täters handelt (1. und 3. Gruppe). Wegen der einzelnen Definitionen der neun Mordmerkmale kann auf Lehrbücher und Kommentare verwiesen werden:

#### 1. Gruppe:

- Var. 1: Mordlust = Tötung als Selbstzweck (z.B. aus Freude am Töten)
- Var. 2: zur Befriedigung des Geschlechtstriebes = Töten als Mittel zur geschlechtlichen Befriedigung (durch das Töten selbst, sexuelle Handlungen an der Leiche oder als in Kauf genommene Nebenfolge einer Vergewaltigung)
- Var. 3: Habgier = übersteigertes Gewinnstreben um jeden Preis (z.B. Raubmord)
- Var. 4: (sonst!) niedrige Beweggründe = Gründe für die Tötung, die sittlich auf tiefster Stufe stehen, geradezu verächtlich sind (z.B. Tötung aus Rassenhass, umstritten sind dagegen z.B. Rache und Eifersucht, aber auch sog. Ehrenmorde)

#### 2. Gruppe:

- Var. 1: Heimtücke = bewusstes Ausnutzen von durch Arglosigkeit des Opfers gesteigerter Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung
- Var. 2: Grausam = Tötung unter Zufügung unnötiger starker Schmerzen oder Qualen aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung
- Var. 3: Gemeingefährliches Mittel = Tötungsmittel, dessen Wirkung der Täter auf eine Mehrzahl von Menschen nicht in der Hand hat (z.B. Bombe, ggf. Kfz [bei Rasen in Menschenmenge, nicht aber beim gezielten Überfahren einer Person], nicht aber Pistole)

#### 3. Gruppe:

- Var. 1: Um eine andere Straftat (nicht Ordnungswidrigkeit) zu ermöglichen
- Var. 2: Um eine andere Straftat (nicht Ordnungswidrigkeit) zu verdecken

#### **d) § 213 (Minder schwerer Fall des Totschlags)**

§ 213 kombiniert einen benannten (d.h. im Gesetz ausdrücklich genannten) Strafminde-  
rungsgrund beim Totschlag mit einem allgemeinen, in seinen Voraussetzungen nicht  
näher konkretisierten „unbenannten“ minder schweren Fall. Da es sich nach h.M. um  
eine Strafzumessungsregel handelt, ist § 213 nicht selbständig als eigener Tatbestand,  
sondern nur im Rahmen der § 212-Prüfung mitzuprüfen.

#### **e) Privilegierung: § 216**

Die Tötung auf ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen des Opfers (d.h. mehr als des-  
sen bloße Einwilligung mit dem Getötetwerden), das auch z.B. vor Eintritt der Bewusstlo-  
sigkeit erklärt sein kann, nach der Rspr. für den Täter aber handlungsleitend gewesen  
sein muss (so dass ein anderes Motiv daneben das erklärte Verlangen zurückdrängen  
kann – so im sog. Kannibalen-Fall BGHSt 50, 80, 91). Aus der Strafnorm des § 216 folgt  
überdies als gesetzliche Wertung, dass eine Einwilligung in ein vorsätzliches Tötungsde-  
likt den Täter grundsätzlich nicht rechtfertigen kann (strafbar ist daher grundsätzlich die  
aktive Sterbehilfe, doch gibt es gewisse Ausnahmen bei der Sterbehilfe in Form eines  
Behandlungsabbruchs).

#### **f) Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung: § 217**

Diese rechtspolitisch umstr. Neuerung bringt eine tatbestandliche Verselbständigung der  
als solches nicht strafbaren Teilnahme am Selbstmord. Problematisch ist vor allem die  
Situation für Palliativmediziner, die eine Selbsttötung ihres Patienten in Kauf nehmen  
und ihm trotzdem – gegen Honorar – zur Schmerzlinderung helfen wollen.

Achtung: § 217 a.E. war bis 1998 eine Strafnorm gegen Kindstötung, so dass ältere  
Rspr. und Lit. dazu nicht mehr passt!

#### **g) Fahrlässige Tötung: § 222**

Wegen § 15 muss die Strafbarkeit der fahrlässigen Tötung ausdrücklich geregelt sein;  
das geschieht in § 222, dessen objektive Tatseite dem (vorsätzlichen) Totschlag ent-  
spricht. Weil Selbstschädigungen grundsätzlich nicht tatbestandsmäßig sind, führt eine  
eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Getöteten zum Ausschluss des Tatbestan-  
des und damit zur Straffreiheit (z.B. Einnahme von Drogen, die der Täter für das Opfer  
auf dessen Wunsch vorbereitet hat).

#### **5. Die Aussetzung: § 221**

§ 221 ist kein Erfolgsdelikt, weil als Ergebnis der Tathandlungen in Nrn. 1 und 2 „nur“ die  
(konkrete) Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung eingetreten  
sein muss. Nicht erforderlich ist dagegen der Eintritt des Todes etc. als Erfolg; § 221 ist  
damit ein konkretes Gefährdungsdelikt. Wegen § 15 muss die Aussetzungshandlung  
ebenso vom Vorsatz des Täters umfasst sein wie die konkrete Lebens- oder (schwere)  
Leibesgefährdung (sog. Gefährdungsvorsatz).

Während in § 221 I Nr. 1 ein Begehungsdelikt normiert („in eine hilflose Lage versetzen“)  
enthält § 221 I Nr. 2 strukturell auch ein Unterlassungsdelikt („in einer hilflosen Lage im  
Stich lässt“). § 221 II, III enthalten drei Qualifikationen; während dabei § 221 II Nr. 1 eine  
„echte“ Qualifikation ist, bei der auch die zusätzlichen, strafschärfenden Tatbestands-  
merkmale vom Vorsatz umfasst sein müssen (§ 15), sind § 221 II Nr. 2 und III sog. Er-  
folgsqualifikationen, bei welchen die darin genannten schweren Folgen einer Aussetzung  
(schwere Gesundheitsschädigung, Tod) „nur“ mindestens fahrlässig verursacht worden  
sein müssen (vgl. § 18).

## **Straftaten im Überblick**

### **I. Körperverletzungsdelikte (§§ 223 – 231 StGB)**

#### **1. Rechtsgut**

Ausweislich der Überschrift des 17. BT-Abschnitts schützen die §§ 223 ff. StGB die „körperliche Unversehrtheit“ (= Rechtsgut); Art. 2 II GG schützt neben dem Leben ebenfalls die körperliche Unversehrtheit. Lediglich in § 225 StGB werden auch Verletzungen seelischer Art unter Strafe gestellt.

Angriffsobjekt ist hier – wie bei §§ 211 ff. – ein anderer lebender Mensch, so dass weder die Selbstverletzung noch die pränatale Schädigung eines später mit Behinderungen geborenen Menschen tatbestandsmäßig sein kann. Strafbar ist durchweg nur die Fremdverletzung, doch kann es sich auch um eine solche handeln, wenn ich jemanden z.B. durch Täuschung oder Nötigung dazu veranlasse, sich selbst zu verletzen (z.B. ich vertausche das Getränk, so dass das Opfer letztlich selbst, aber unwissend ein vergiftetes Getränk zu sich nimmt).

#### **2. Struktur und Systematik des 17. BT-Abschnitts**

##### **a) Tatbestände**

- § 223 ist der Grundtatbestand der vorsätzlichen (vgl. § 15) Körperverletzung und wird deshalb vielfach auch als „einfache“ Körperverletzung bezeichnet.
- §§ 224, 226 II sind „normale“ Qualifikationen des § 223, d.h. auch die qualifizierenden (= über den Grundtatbestand des § 223 hinausgehenden) Merkmale müssen vom Vorsatz umfasst sein (§ 15; in § 226 II ausdrücklich: „absichtlich oder wissentlich“ = d.h. nur direkter Vorsatz [nicht auch bedingter Vorsatz] genügt).
- §§ 226 I, 227 sind Erfolgsqualifikationen i.S.d. § 18, so dass es ausreicht, wenn die darin explizierten schweren Verletzungsfolgen (z.B. Lähmung, Tod) als Konsequenz einer vorsätzlichen Körperverletzung i.S. von § 223 mindestens fahrlässig (d.h. prinzipiell auch vorsätzlich, doch gibt es dafür teilweise Spezialregelungen wie § 226 II oder §§ 211 ff.) verursacht worden sind.
- § 225 ist nach h.M. im Wesentlichen eine qualifizierte Körperverletzung, doch geht die Einbeziehung auch bestimmter bloß seelischer Verletzung über § 223 hinaus; insoweit (nach a.M. sogar insgesamt) handelt es um einen eigenständigen Tatbestand. (§ 225 ist wenig prüfungsrelevant und wird deshalb nicht vertieft)
- § 229 normiert die fahrlässige Körperverletzung.
- § 231 betrifft die vorsätzliche (§ 15) Beteiligung an einer Schlägerei oder an einem von mehreren verübten Angriff, sofern durch Schlägerei oder Angriff der Tod oder eine schwere Körperverletzung i.S. von § 226 verursacht worden ist. Diese Folgen müssen weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht worden sein (§§ 15, 18 sind insoweit nicht anwendbar); es genügt dass sie objektiv – und zwar unabhängig von dem konkreten Beitrag des Täters zu der Schlägerei bzw. dem Angriff – als Folge des Geschehens eingetreten sind, weshalb man von einer „objektiven Bedingung der Strafbarkeit“ spricht (deren Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip ist freilich begründungsbedürftig).
- Außerhalb dieses Abschnitts regelt § 340 die Körperverletzung im Amt.

##### **b) Abschnittsbezogene allgemeine Regelungen**

- § 228 begrenzt die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bei Körperverletzungen (Merke: § 228 ist *nicht* der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung; vielmehr setzt § 228 nur den

gisch die Einwilligung als (im StGB ungeschriebenen) Rechtfertigungsgrund voraus). – Die Begrenzung einer Rechtfertigungswirkung auf Taten, die nicht gegen die guten Sitten verstoßen, gilt daher nur für diesen Abschnitt (§§ 223 ff.), nicht generell für die Einwilligung in die Preisgabe von Rechtsgütern.

- § 230 enthält das grundsätzliche Erfordernis eines Strafantrags (dazu allgemein §§ 77 ff.) des Verletzten (Ausnahmen in § 230 I 2, II) als Voraussetzung der Strafverfolgung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung (§§ 223, 229), nicht auch wegen der anderen in diesem Abschnitt geregelten Tatbestände (§§ 224 – 227, 231), sofern nicht ausnahmsweise die Staatsanwaltschaft wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

### **3. Die einzelnen Tatbestände**

Merke: Die vom Gesetzgeber gewählte Terminologie sollte unbedingt eingehalten werden; deshalb ist § 223 die „Körperverletzung“, § 229 die „fahrlässige Körperverletzung“, und bei § 224 („Gefährliche Körperverletzung“) darf nicht gelegentlich von einer „schweren Körperverletzung“ (diese ist in § 226 kodifiziert) geredet oder geschrieben werden. Die „schwere Körperverletzung“ (§ 226) darf überdies nicht terminologisch mit einer weiter verstandenen „schweren Gesundheitsschädigung“ (kein eigener Straftatbestand, aber Qualifikationsmerkmal z. B. in §§ 221 II Nr. 2, 250 I Nr. 1 c) verwechselt werden.

#### **a) Der Grundtatbestand: § 223**

Objektiv: § 223 I enthält zwei Tatbestandsalternativen, die jede für sich eine vollendete Körperverletzung darstellen, aber auch kumulativ vorliegen können:

- (1) Körperliche Misshandlung (§ 223 I Alt. 1) = üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird (z. B. Schläge).
- (2) Gesundheitsschädigung (§ 223 I Alt. 2) = Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden (pathologischen) Zustandes (nicht erforderlich ist die Verursachung von Schmerzen, so dass etwa die nicht fühlbare Infektion mit HIV [AIDS] eine solche Gesundheitsschädigung darstellt, BGHSt 36, 1, 6).

Nicht selten führt eine körperliche Misshandlung zu einer Gesundheitsschädigung (z.B. Schläge bewirken „blaue Flecken“ als pathologischen Zustand); der Tatbestand von § 223 I Alt. 1 ist dann zumindest für eine „logische Sekunde“ bereits vor demjenigen von Alt. 2 verwirklicht (denkbar ist auch, dass z. B. nur die körperliche Misshandlung, nicht auch die daraus resultierende Gesundheitsschädigung vom Vorsatz umfasst ist, so dass nur wegen § 223 I Alt. 1 bestraft werden kann). Da § 223 nur die körperliche Unversehrtheit schützt, reicht eine bloße Störung des seelischen (psychischen) Befindens als solche (z.B. Hervorrufen von Angst oder Panik) nicht, es sei denn, dadurch kommt es auch zu physischen Beeinträchtigungen wie z. B. Herzflimmern etc. (psycho-somatische Erkrankungen; vgl. z.B. BGHSt 48, 34, 36 f.).

Der tatbestandliche Erfolg beider Tatalternativen ist eingetreten (d. h. die Körperverletzung vollendet), wenn entweder durch die üble Behandlung eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens des Opfers eingetreten (Alt. 1, z.B. Schläge führen zu Schmerzen) oder der pathologische Zustand erreicht ist (Alt. 2, z.B. Hämatome treten auf); umstritten ist, ob bereits die Zufügung lebensgefährlicher Stoffe o.ä. ausreichend sein kann, auch wenn diese noch nicht zu einem konkreten Krankheitszustand geführt hat (so bejaht die Rspr. eine Vollendung der Körperverletzung bereits bei der Ansteckung mit HIV, nicht erst beim Ausbruch von AIDS, ebenso bei Zellveränderungen durch extensives Röntgen, nicht

erst beim Ausbruch von Krebs; BGHSt 36, 1; 43, 346). Bis zum Eintritt des Erfolgs ist nur ein strafbarer Versuch (§ 223 II) denkbar.

Ist ein kunstgerecht vorgenommener („lege artis“) ärztlicher Heileingriff eine tatbestandsmäßige Körperverletzung? – Dies ist bis heute in der Rechtswissenschaft und innerhalb der Ärzteschaft umstritten, wird aber von der Rspr. durchgehend bejaht. Gegen diese Gleichsetzung von Ärzten und Schlägern auf der Ebene des Tatbestandes (nicht bei der Rechtfertigung!) mag man zwar einwenden, dass der Arzt dem Patienten helfen und diesen gerade nicht schädigen will, auch dass bestimmte körperliche Eingriffe für das spätere Wohlergehen unerlässlich sind (z. B. operative Entfernung eines Tumors, aber auch Amputation von Gliedmaßen zur Abwehr einer lebensbedrohlichen Blutvergiftung); das ändert aber letztlich nichts daran, dass es sich – wenn man sich auf die Tathandlung und deren unmittelbares Ergebnis (d. h. den Verlust eines Körperteils, Wunden etc. beschränkt, nicht die dadurch verbesserten langfristigen Chancen wie z. B. Überleben) – um nichts anders handelt, als wenn jemand ohne medizinische Motivation die gleichen Eingriffe abnimmt, etwa einen Finger abhackt etc. (in letzterem Fall kann man aber nicht zweifeln, dass § 223 I objektiv verwirklicht ist). Für die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs spricht aber noch eine weitere Wertung: In einer freiheitlichen Rechtsordnung muss es primär Sache des Patienten sein zu entscheiden, ob er einen bestimmten Eingriff vornehmen lassen will oder eben akzeptiert, dass dessen Nichtvornahme schwerwiegende Konsequenzen hat. Damit streitet die Patientenautonomie dafür, den Heileingriff als solchen als tatbestandsmäßig anzusehen und die Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund zu behandeln. Willigt der Patient wirksam ein, begeht der operierende etc. Arzt ein strafbares Unrecht, sondern handelt vielmehr rechtmäßig (das unterscheidet ihn vom bloßen Schläger etc., der zwar ebenfalls den Tatbestand verwirklicht, mangels Rechtfertigung aber Unrecht tut und deswegen strafrechtlich verfolgt wird).

Subjektiv: Mangels Bestimmungen zur subjektiven Tatseite in § 223 gilt für beide Tatbestandsalternativen durchgehend das Vorsatzerfordernis des § 15.

#### **b) Gefährliche Körperverletzung: § 224**

§ 224 qualifiziert eine „einfache“ vorsätzliche Körperverletzung i. S. von § 223 zu einer gefährlichen, wenn objektiv und subjektiv mindestens eine der in § 224 I Nr. 1 – 5 genannten Varianten gegeben ist; d. h. wenn der Täter die Körperverletzung z. B. vorsätzlich mittels eines Messers (= gefährliches Werkzeug i.S. von § 224 I Nr. 2) begangen hat, ist eine Strafe vorgesehen zwischen 6 Monaten und zehn Jahren Gefängnis.

Grund für die Strafschärfung gegenüber § 223 (Geldstrafe oder bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) ist die in den einzelnen Tatvarianten beschriebene, besonders gefährliche Art der Tatausführung (nicht die besondere Schwere der Folgen, dazu § 226). In § 224 I Nr. 1 - 5 nicht genannte gefährliche Begehungsweisen (z.B. nicht lebensgefährlicher [sonst Nr. 5] Faustschlag eines Boxers) können wegen des Analogieverbots (Art. 103 II GG, § 1 StGB: „nullum crimen sine lege“) nicht zu einer Strafbarkeit gem. § 224 führen, sondern nur bei der konkreten Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens von § 223 berücksichtigt werden. Zu den Varianten:

- Nr. 1: Giftbeibringung (soweit Gift auch als gefährliches Werkzeug angesehen wird, ist Nr. 1 als speziellere Norm vorrangig); als sonstige gesundheitsschädliche Stoffe kommt sogar Salz in Überdosierung in Betracht (BGHSt 51, 18, 22).

- Nr. 2: Waffe ist im technischen Sinne des Waffengesetzes zu verstehen, gefährliches Werkzeug ist der Oberbegriff (weil er auch Waffen erfasst); gefährlich ist ein Werkzeug, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und Art der Benutzung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Körperteile sind keine Werkzeuge, wohl aber im Einzelfall gefährliche Kleidungsstücke (wie Stahlkappenschuhe etc.). Dabei

muss das Werkzeug gegen den Körper geführt werden, nicht der Körper gegen das Werkzeug, so dass das Schlagen gegen eine Mauer nicht unter Nr. 2 fällt. Schließlich gilt für medizinische Heileingriffe eine Ausnahme; das Skalpell etc. gelten dann nicht als gefährliches Werkzeug, wenn sie zu medizinischen Zwecken eingesetzt werden, weil sie dann weder als Angriffs- noch als Verteidigungsmittel dienen.

- Nr. 3: Hinterlistiger Überfall: Hinterlistig ist ein unvorhergesehener Angriff, der auf einem planmäßig auf Verdeckung gerichteten Vorgehen beruht.

- Nr. 4: Gemeinschaftlich mit einem anderen Beteiligten begangen ist die Körperverletzung, wenn dabei mindestens zwei Personen zusammenwirken und dem Verletzten gegenüber stehen, ohne dass jedoch beide selbst an der Verletzung mitgewirkt haben (z.B. einer schlägt das Opfer und der andere steht drohend dabei).

- Nr. 5: Lebensgefährdende Behandlung meint deren objektive Eignung zur Lebensgefährdung, so dass eine konkrete Lebensgefahr (= Ausbleiben des Todeseintritts nur aufgrund von Zufall) nicht notwendig ist; nicht mittels der Behandlung verursacht ist die Lebensgefährdung, wenn die Lebensgefahr erst danach eintreten soll (z.B. Opfer wird zu Boden gestoßen und soll erst danach durch Pkw überrollt werden).

### **c) Schwere Körperverletzung: § 226**

In § 226 I Nr. 1 – 3 sind abschließend die Folgen einer Körperverletzung i. S. von § 223 aufgezählt, die diese zu einer schweren Körperverletzung qualifizieren; dafür genügt grundsätzlich, dass der Täter hinsichtlich der schweren Folgen nur fahrlässig gehandelt hat (§ 18), d. h. dass er bei Vornahme der vorsätzlichen (!) Körperverletzung mindestens hätte erkennen können, dass diese zu der schweren Folge (z. B. Lähmung, Nr. 3) führen kann. Es geht in § 226 um die Schwere der Verletzung, nicht um die Gefahr für das Opfer. Deswegen genügt nicht, dass die Folge nur möglich ist; sie muss vielmehr eingetreten sein. Auch hier dürfen nicht ähnlich schwer wiegende Folgen miterfasst werden, die nicht durch Interpretation unter die Nr. 1 - 3 subsumiert werden können. So ist z. B. die Niere nach der Rspr. nicht wichtiges Glied des Körpers (Nr. 2); der Verlust einer Niere begründet daher grundsätzlich nicht § 226 I (außer die andere Niere ist krank oder fehlt und deshalb droht Siechtum, Nr. 3).

§ 226 I ist auch einschlägig, sofern die schwere Folge „nur“ von bedingtem Vorsatz umfasst ist; allein bei direktem Vorsatz (Absicht, sicheres Wissen) geht § 226 II als spezielle Norm vor.

### **d) Körperverletzung mit Todesfolge: § 227**

§ 227 kombiniert eine vorsätzliche Körperverletzung gem. § 223 mit einer fahrlässigen Tötung i.S. von § 222, wobei allerdings zwischen beiden Tatteilen ein sog. gefahrspezifischer Zusammenhang bestehen muss (bloße Parallelität von § 223 und § 222 genügt nicht). Subjektiv genügt hinsichtlich der Tötung (nicht auch der KV) Fahrlässigkeit (§ 18); handelt der Täter nicht nur mit Verletzungs-, sondern mit Tötungsvorsatz geht eine Strafbarkeit gem. §§ 211 ff. vor.

### **e) Beteiligung an einer Schlägerei: § 231**

§ 231 ist abstraktes Gefährdungsdelikt, weil die Gefährlichkeit einer Schlägerei den Gesetzgeber zu dieser Pönalisierung bewegt hat. Objektiv und subjektiv genügt jede Beteiligung an Schlägerei oder Angriff, sofern nicht die Ausnahme des § 231 II eingreift; bereits diese gilt als strafwürdig, weshalb die objektive Strafbarkeitsbedingung (s.o.) als Strafschränkung auf die sich durch den Eintritt der schweren Folge als wirklich gefährlich erwiesen hat. Für eine Strafbarkeit genügt nach der Rspr. schon, wenn der Täter vor Eintritt der schweren Folge selbst sich zurückzieht oder erst danach mitwirkt (dies ist umstritten).

## **Deliktsaufbau und Handlungsbegriff**

**Fall 1:** *Blutalkohol* – BGHSt 37, 89 (vgl. auch BVerfG NJW 1995, 125): A befährt am 25.9.1989 mit seinem Pkw und einer Blutalkoholkonzentration (BAK) von 1,1 Promille eine öffentliche Straße, ohne alkoholbedingte Ausfallerscheinungen an den Tag zu legen. Deswegen verurteilt ihn das AG nach § 316 zu einer Geldstrafe und zur Entziehung der Fahrerlaubnis für 6 Monate. Der BGH hatte seit 1966 (vgl. BGHSt 21, 157) bis 1990, ausgehend von medizinischen Erkenntnissen auf Basis eines Gutachtens von 1966, für die Annahme von absoluter Fahruntüchtigkeit eine BAK von mindestens 1,3 Promille zugrunde gelegt. Ende der 1980er Jahre ist die medizinische Forschung der Ansicht, bereits bei 1,1 Promille sei kein Fahrer mehr verkehrstüchtig. Steht die zur Tatzeit herrschende BGH-Rspr einer Verurteilung für eine Tat im September 1989 entgegen?

**Fall 2:** *Fliegen-Fall* – OLG Hamm, NJW 1975, 657 (ausführliche Bspr bei *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl. 1992, Fall 3): Der A flog, als sie mit ihrem Pkw bei geöffnetem Seitenfenster eine leichte Kurve durchfuhr, plötzlich eine Fliege gegen das Auge. Sie machte deshalb mit der einen Hand eine „ruckartige Abwehrbewegung“, die sich auf das Lenkrad übertrug. Daraufhin verlor A die Kontrolle über ihren Pkw und geriet auf die Gegenfahrbahn, wo sie mit einem entgegenkommenden Pkw kollidierte. Dabei wurden mehrere Menschen verletzt. Hat sich A wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) strafbar gemacht? Wie steht es mit ihrer zivilrechtlichen Haftung nach § 823 BGB?

**Fall 3:** *Hasen-Fall* – OLG Frankfurt/M., VRS 28, 365 (vgl dazu knapp *Kühl*, AT, § 2 Rdnr. 8): A, eine erfahrene FahrerIn, nahm eines Abends aus Gefälligkeit die Studentin S in ihrem Pkw mit. Als sie bei beginnender Dämmerung im Lichtkegel ihres Pkw ein Tier von der Größe eines Hasen etwa 10 – 15 Meter vor sich erblickte, zog sie, um diesem auszuweichen, scharf nach links, überquerte die Überholspur und prallte auf die Leitplanke. Der Pkw überschlug sich. Dabei wurde S aus dem Wagen geschleudert und tödlich verletzt. A wurde vom AG wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) zu einer Geldstrafe verurteilt. Zu Recht?

**Fall 4:** *Nierenstich* – BGHSt 28, 100: A verletzte durch einen in den Bauch geführten Messerstich den H derart, dass dessen rechte Niere entfernt werden musste. Das Landgericht (LG) hat den A wegen schwerer Körperverletzung (§ 226 I Nr. 2) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und das Tatmesser eingezogen. Mit seiner Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) rügt A, das LG habe dabei den Tatbestand des § 226 aufgrund unrichtiger Auslegung dieser Norm zu Unrecht bejaht und daher auf eine zu hohe Strafe erkannt. Er habe zwar den Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr. 2 rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht, trotz der Notwendigkeit einer Entfernung der Niere nicht aber (auch) § 226 I Nr. 2. Zu Recht?

Aufbau – Prüfung einer Straftat	Aufbau – Prüfung deliktsrechtlicher Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB				
<p><b>Vorprüfung: (menschliche) Handlungsqualität des strafbegründenden Verhaltens</b> (gegeben bei Vorliegen eines „sozialerheblichen menschlichen Verhaltens“; daran fehlt es bei bloßem Reflex, nicht aber bei sog. automatisierten Verhaltensweisen)</p>	<p><b>Vorprüfung: (menschliche) Handlungsqualität des haftungsbegründenden Verhaltens</b></p>				
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="154 562 288 824"><b>Tatbestandsmäßigkeit</b></td> <td data-bbox="288 562 786 824"> <p><b>Objektiver Tatbestand:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- alle Merkmale des objektiven Tatbestands einer Straftat</li> <li>- Kausalität des Verhaltens für den Erfolgseintritt (c.s.q.n.-Formel)</li> <li>- Objektive Zurechnung</li> </ul> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="154 824 288 1093"></td> <td data-bbox="288 824 786 1093"> <p><b>Subjektiver Tatbestand:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- regelmäßig Vorsatz bzgl. aller Merkmale des objektiven Tatbestands (§ 15)</li> <li>- evtl. zusätzliche subjektive Erfordernisse (zB Zueignungsabsicht bei § 242)</li> </ul> </td> </tr> </table>	<b>Tatbestandsmäßigkeit</b>	<p><b>Objektiver Tatbestand:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- alle Merkmale des objektiven Tatbestands einer Straftat</li> <li>- Kausalität des Verhaltens für den Erfolgseintritt (c.s.q.n.-Formel)</li> <li>- Objektive Zurechnung</li> </ul>		<p><b>Subjektiver Tatbestand:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- regelmäßig Vorsatz bzgl. aller Merkmale des objektiven Tatbestands (§ 15)</li> <li>- evtl. zusätzliche subjektive Erfordernisse (zB Zueignungsabsicht bei § 242)</li> </ul>	<p><b>Tatbestandsmäßigkeit:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Handlung muß kausal für Verletzung eines der genannten (absoluten) Rechtsgüter (Leben, Freiheit, Ehre, usw.) sein (haftungsbegründende Kausalität)</li> <li>- Verletzung des Rechtsguts muß einen Schaden hervorgerufen haben (haftungsausfüllende Kausalität)</li> </ul> <p><b>Merke:</b> Die Kausalität bei § 823 BGB ist etwas anderes (<u>Adäquanz-Kausalität</u>), als diejenige bei einer Straftat (<u>Äquivalenz-Kausalität i. S. d. conditio-sine-qua-non-Formel</u>)!</p>
<b>Tatbestandsmäßigkeit</b>	<p><b>Objektiver Tatbestand:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- alle Merkmale des objektiven Tatbestands einer Straftat</li> <li>- Kausalität des Verhaltens für den Erfolgseintritt (c.s.q.n.-Formel)</li> <li>- Objektive Zurechnung</li> </ul>				
	<p><b>Subjektiver Tatbestand:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- regelmäßig Vorsatz bzgl. aller Merkmale des objektiven Tatbestands (§ 15)</li> <li>- evtl. zusätzliche subjektive Erfordernisse (zB Zueignungsabsicht bei § 242)</li> </ul>				
<p><b>Rechtswidrigkeit:</b> Bei Vorliegen des objektiven und subjektiven Tatbestandes einer Straftat grundsätzlich indiziert (Ausnahme: §§ 240 II, 253 II – Verwerflichkeitsklausel bei Nötigung und Erpressung; nach hM nicht bei bloßem Hinweis auf „Widerrechtlichkeit“ des Verhaltens [zB bei § 123 I]); dementsprechend entfällt RW nur bei Vorliegen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (zB §§ 32, 34, Einwilligung, §§ 227 ff., 904 BGB).</p>	<p><b>Rechtswidrigkeit:</b> Außer bei den „Rahmenrechten“ (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, räumlich-gegenständlicher Bereich der Ehe, allgemeines Persönlichkeitsrecht) indiziert auch hier die Verletzung eines absoluten Rechts die Rechtswidrigkeit, es sei denn, ein Rechtfertigungsgrund greife ein (zB §§ 227 ff., 904 BGB).</p>				
<p><b>Schuld:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Schulfähigkeit (vgl. §§ 19 ff., §§ 3, 105 JGG)</li> <li>- Schuldform: Vorsatz oder Fahrlässigkeits-schuld</li> <li>- Unrechtsbewußtsein (= Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Verhaltens)</li> <li>- Fehlen von Entschuldigungsgründen (zB §§ 33, 35)</li> </ul>	<p><b>Schuld:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Deliktsfähigkeit (vgl. § 828 BGB)</li> <li>- Vorsatz oder Fahrlässigkeit (vgl. § 276 I 2 BGB)</li> </ul>				
<p><b>Rechtsfolge:</b> Strafe (vgl. §§ 38 ff. StGB; regelmäßig Geld- oder Freiheitsstrafe; Fahrverbot als Nebenstrafe [§ 44]); bei Schuldunfähigkeit kann Maßregel der Besserung und Sicherung verhängt werden.</p>	<p><b>Rechtsfolge:</b> Schadensersatz nach den Regeln der §§ 249 ff. BGB an den Verletzten, im Anwendungsbereich des § 253 BGB zusätzlich Schmerzensgeld.</p>				

### Lösungsskizze zu dem *Nierenstich-Fall*:

(lehrreiche Anm. von *Ebert*, JA 1979, S. 277 ff. – *Hinweis*: Z. Z. der Entscheidung entsprach § 224 dem heutigen § 226, während § 224 n.F. damals § 223a hieß)

**Problemstellung:** Das Urteil des LG gegen A – Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten wegen schwerer Körperverletzung (§ 226 I) – erging nur dann zu Recht, wenn § 226 I Nr. 2 StGB auch den Verlust einer Niere erfasst; danach wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren u. a. bestraft, wenn eine „Körperverletzung zur Folge [hat], dass die verletzte Person [...] 2. ein *wichtiges Glied des Körpers* verliert oder dauernd nicht mehr gebrauchen kann“. Daran fehlt es, wenn eine Niere entweder gar kein „Glied des Körpers“, oder zwar ein solches, aber nicht „wichtig“ i. S. v. § 226 I Nr. 2 ist. Die hier in jedem Fall gegebene Strafbarkeit des A wegen einfacher und gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2) kann die ausgeworfene Strafe nicht ohne weiteres tragen, weil der Strafraum von § 224 I (sechs Monate bis zehn Jahre) niedriger als bei § 226 I liegen.

## Strafbarkeit des A

### I. Wegen Körperverletzung gem. § 223 I

#### 1. Tatbestand

**a) Objektiv:** A müsste H körperlich misshandelt (§ 223 I Alt. 1) und/oder an der Gesundheit geschädigt (§ 223 I Alt. 2) haben. Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die geeignet ist, das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich zu beeinträchtigen, Gesundheitsschädigung das Hervorrufen eines pathologischen (= krankhaften) Zustandes; die Stichverletzung ist zunächst eine üble, unangemessene Behandlung und ruft auch einen pathologischen Zustand bei H hervor. Damit ist der obj. Tb. verwirklicht.

**b) Subjektiv:** A müsste z. Z. seiner Tathandlung Vorsatz bzgl. aller Merkmale des obj. Tb. gehabt haben (§ 15). Vorsatz meint Wissen und Wollen hinsichtlich der Tatbestandserfüllung; das ist hier sowohl für die körperliche Misshandlung als auch für die Gesundheitsschädigung gegeben.

#### 2. Rechtswidrigkeit

Mangels Rechtfertigungsgrund handelte A auch rechtswidrig.

#### 3. Schuld

Ohne dagegen sprechende SV-Angabe ist von Schuldfähigkeit auszugehen; mangels Entschuldigungsgründen handelte er auch schuldhaft und hat sich damit gem. § 223 I wegen Körperverletzung strafbar gemacht.

### II. Wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 2

#### 1. Tatbestand

**a) Objektiv:** Die o.g. (unter I.1.a) bejahte Körperverletzung könnte gem. § 224 I Nr. 2 zu einer „gefährlichen Körperverletzung“ qualifiziert sein. Hierfür müsste sie mittels einer Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug begangen worden sein; da ein Messer im Regelfall keine Waffe im technischen Sinne darstellt, bleibt nur die Annahme eines gefährlichen Werkzeuges, d. h. eines Gegenstandes, der bei seinem konkreten Gebrauch geeignet ist,

erhebliche Verletzungen hervorzurufen, was bei einem Messer als Stichinstrument gegen ist (nicht hingegen, wenn mit dem Griff nur das Opfer gestoßen werden soll).

**b) Subjektiv:** Auch bzgl. des gefährlichen Werkzeuges müsste A Vorsatz gehabt haben, was hier – er weiß ja, dass er ein Messer in gefährlicher Weise gegen das Opfer einsetzt – der Fall ist.

## **2. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Hier gilt das gleiche wie unter I.2 und 3, so dass A sich auch wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 2 strafbar gemacht hat. Als spezielleres Gesetz gehen Qualifikationen wie z. B. § 224 I dem Grundtatbestand (hier § 223 I) vor (lat. *lex specialis derogat leges generales*), so dass A wegen des Messereinsatzes neben § 224 I nicht auch noch wegen § 223 I zu bestrafen ist; die Strafe richtet sich mithin nur nach dem Strafraumen von § 224 I.

## **III. Wegen schwere Körperverletzung gem. § 226 I Nr. 2 u. 3**

### **1. Tatbestand**

**a) Objektiv:** Die Körperverletzung i. S. v. § 223 I (dazu o. I.1.a), die nicht zwingend auch eine gefährliche i. S. v. § 224 I (dazu o. II.1.a) sein muss, müsste zum Verlust eines wichtigen Gliedes (§ 226 I Nr.2) bzw. zu Siechtum (§ 226 I Nr. 3) geführt haben; da man mit nur einer Niere grundsätzlich gut weiter leben kann, scheidet hier Siechtum aus. Fraglich ist, ob der – hier gegebene – Verlust eines inneren Organs wie der Niere den „Verlust eines wichtigen Gliedes des Körpers“ darstellt. Eine systematische Auslegung gerade mit Blick auf die „Nachbarnormen“ des § 226 I (Nr. 1 u. 3) legt wohl nahe, dass eine Niere als wichtiges Glied anzusehen ist; gleiches dürfte angesichts der Schwere des Verlustes eines lebenswichtigen, paarigen Organs wie der Niere v. a. im Blick auf ein mögliches späteres Versagen der anderen Niere auch unter teleologischen Aspekten zu bejahen sein. Grenze einer möglichen systematischen oder teleologischen, wie auch grammatikalischen und historischen Interpretation einer (Straf-)Norm ist aber immer der noch mögliche Wortsinn; vorliegend vertritt der BGH, dass mit „Glieder des Körpers“ sprachlich nur ein äußeres, mit dem übrigen Körper durch ein Gelenk verbundenes Körperteil (z. B. Bein, Arm), nicht aber auch ein inneres Organ, gemeint sein kann, so dass eine Ausdehnung von § 226 I Nr. 2 mittels systematischer oder teleologischer Interpretation die Grenze des noch möglichen Wortsinnes überschreitet. Damit handelt es sich um eine im Strafrecht zu Lasten des Täters verbotene Analogie (Art. 103 II GG, § 1 StGB: *nulla poena sine lege*).

**b) Zwischenergebnis:** A hat den obj. Tb. des § 226 I nicht verwirklicht.

### **2. Ergebnis**

A hat sich nicht wegen schwerer Körperverletzung gem. § 226 I strafbar gemacht.

## **IV. Gesamtergebnis**

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 2 strafbar gemacht.

## Handlungsbegriff, Kausalität und objektive Zurechnung

**Fall 1:** *Kegelstreit* – vgl. BGHZ 39, 103: F und B waren während eines Kegelabends in Streit geraten. Als B mit der Kugel gerade zu einem Wurf ausholte, versetzte F dem B einen Schlag in die Magengegend. B krümmte sich im plötzlichen Schmerz zusammen. Die Kugel flog aus seiner Hand in die Höhe und schlug A 4 Zähne aus. A erstattet Strafanzeige wegen § 229 StGB gegen F und B. Zu Recht?

### I. Die Handlung

#### 1. Der strafrechtliche Handlungsbegriff

Strafbares Unrecht darstellen kann nur eine menschliche *Handlung*. Der strafrechtliche Handlungsbegriff war und ist zwar umstritten, hat aber heute für die Fallbearbeitung keine wesentliche Konsequenz. Nach der heute vielfach vertretenen sozialen Handlungslehre meint Handlung i. S. d. Strafrechts jedes *vom menschlichen Willen beherrschte oder beherrschbare sozialerhebliche Verhalten*.

Hinweis: Der Handlungsbegriff darf nicht auf ein positives Tun i. S. irgendeiner körperlichen Aktivität des Täters beschränkt verstanden werden, denn strafrechtlich relevantes Verhalten kann gerade auch im Unterlassen einer gebotenen Handlung (z.B. dem Nichternähren eines Kindes oder dem Unterlassen einer Hilfeleistung) bestehen; eine Strafbarkeit hierfür ergibt sich z.B. § 212 i. V. m. § 13 oder auch aus § 323c I.

#### 2. Die Funktion des Handlungsbegriffs

Dem strafrechtlichen Handlungsbegriff kommt nur die bescheidene Funktion zu, ausnahmsweise nicht als Handlungen zu qualifizierende Täterbeiträge vorab als Gegenstand strafrechtlicher Bewertung auszuscheiden. Solche Nicht-Handlungen sind z. B. bloße Reflexe oder Handlungen im Schlaf und in Hypnose, nicht hingegen automatisierte Verhaltensweisen, die vom Täter ohne weiteres Überlegen beliebig oft vorgenommen werden (z. B. Schaltvorgänge im Straßenverkehr).

#### 3. Der Handlungsbegriff im strafrechtlichen Gutachten

Weil im Regelfall nur menschliches Verhalten auf eine mögliche Strafbarkeit hin zu untersuchen ist, braucht dessen Qualifizierung als Handlung i. S. d. strafrechtlichen Handlungsbegriffs normalerweise gar nicht erörtert werden. Ist ausnahmsweise (z. B. bei automatisierten Verhaltensweisen oder schreckhaften Bewegungen, die Reflexen ähnlich sind) nicht eindeutig, ob ein bestimmter Vorgang als menschliches Verhalten anzusehen ist, muss hierauf vor Beginn der Tatbestandsprüfung eingegangen werden; verneint man dann das Vorliegen einer Handlung i. S. d. Strafrechts, muss die Prüfung des in Frage stehenden Tatbestandes sofort abgebrochen werden (z. B. bei einer Tötung in Hypnose die Prüfung von § 212 oder § 222).

In allen anderen Fällen hat der Handlungsbegriff nur eine Verbindungsfunktion. Im einleitenden Satz des Gutachtens ist das strafrechtlich sodann zu würdigende Verhalten zu benennen (z. B. „Indem A das Messer dem B in den Hals gestochen hat, könnte er ...“). Nur das so bezeichnete Verhalten wird dann auf seine (objektive und subjektive) Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld hin untersucht.

#### 4. Lösungshinweise

**Fall 1:** Für den B fehlt es schon an einer *Handlung* (= vom menschlichen Willen beherrschtes oder beherrschbares sozialerhebliches Verhalten); er verliert die Kugel nicht aufgrund eines eigenen „Willküraktes“, sondern als Reflex auf das Handeln des F. Die Handlungsqualität des Schlages ist dagegen unzweifelhaft (und sollte daher i. d. R. gar nicht erörtert werden). Sein Schlag ist auch *conditio sine qua non* für den Reflex des B und somit für die daraus resultierende Verletzung des A.

### II. Kausalität und objektive Zurechnung

#### 1. Zurechnungsstufen im obj. Tatbestand

Bei Erfolgsdelikten, d. h. Straftatbeständen des BT des StGB und aus dem Nebenstrafrecht, die einen Erfolg i. S. einer zu der Handlung hinzutretenden Verletzungsfolge erfordern (z. B. bei §§ 212, 222: Tod des Opfers), muss zwischen der strafrechtlich zu überprüfenden Handlung des Täters und dem Eintritt des Erfolges beim Opfer ein Kausalzusammenhang bestehen. Anderenfalls wäre der bei Strafe verbotene Eintritt des Erfolges (z. B. des Todes) nicht Folge der Handlung des Täters (sondern des Zufalls) und könnte damit ihm auch nicht als sein Werk zugerechnet werden.

Kausalität und obj. Zurechnung sind daher bei Erfolgsdelikten stets – im obj. Tatbestand nach Bejahung des Eintritts des konkreten Erfolges beim Opfer (z. B. dessen Tod) – zu prüfenden ungeschriebene Voraussetzungen dafür, dass jemand wegen seiner Handlung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt ist. Zu fragen ist, ob das im Einleitungssatz bezeichnete Täterverhalten (die Handlung im strafrechtlichen Sinne) kausal (= ursächlich) für den Eintritt des Erfolges ist (Zurechnungsstufe I) und – bei Bejahung der Kausalität – ob der Erfolg dem Täterverhalten auch obj. zugerechnet werden kann (Zurechnungsstufe II).

#### 2. Kausalität

Anders als im Zivilrecht herrscht im Strafrecht die sog. Äquivalenztheorie, nach der alle denkbaren Ursachen zunächst einmal gleichwertig und d. h. für den späteren Erfolgseintritt gleichermaßen kausal sind (*conditio sine qua non* [csqn]-Formel): „Ursache i. S. d. Strafrechts ist danach jede Bedingung eines Erfolges, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere“. Nicht kausal sind dagegen diejenigen Bedingungen, die hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt. Ob der Täter mit seiner Ursache etwas Verbotenes getan hat oder auch nur an den späteren Eintritt des Erfolges denken konnte, spielt für die Frage nach dem Vorliegen einer csqn für den Erfolg danach keinerlei Rolle (anders die im Zivilrecht herrschende Adäquanzkausalität).

**Fall 2:** Die Schüler A und B, die in der letzten Klausur durchgefallen waren, wollen – unabhängig voneinander – ihren Lehrer L ins jenseits befördern. Zu diesem Zweck schütten sie ihm kurz nacheinander im Schullandheim jeweils eine tödliche Dosis Gift in seinen Kaffee. L trinkt diesen und stirbt unverzüglich. Vor Gericht wehrt sich A gegen den Vorwurf einer vollendeten Tötung des L mit dem Argument, schließlich könne auch B's Gift den L getötet haben; gleiches sagt B bzgl. des Giftes von A. Strafbarkeit von A und B wegen vollendeten oder nur versuchten Totschlages? – Abwandlung 1: Wie ist zu entscheiden, wenn erst die beiden Giftmengen zusammen eine tödliche Wirkung auf L hatten, jede für sich allein aber dazu nicht ausgereicht hätte? – Abwandlung 2: Ändert sich etwas, wenn zwar beide meinten, das gleiche tödliche Gift in ausreichender Dosierung eingefüllt zu haben, es sich aber später herausstellt, dass eines von beiden wegen Verunreinigung keine tödliche Wirkung gehabt hätte und sich nicht mehr sagen lässt, von wem dieses stammte?

**Lösungshinweise - Fall 5:** Weil nicht beide Tatbeiträge kumulativ hinweggedacht werden können, was nach der hM für Fälle *alternativer Kausalität* Voraussetzung ist, haben A wie B einen vollendeten Totschlag (§ 212) in Nebentäterschaft begangen (Mittäterschaft gem. § 25 II scheidet mangels Zusammenwirken beider aus).

Abw. 1: Im Falle *kumulativer Kausalität* kann man zwar das Verhalten eines jeden nicht hinweg denken, ohne dass der (Todes-) Erfolg entfiel, so dass die Kausalität i. S. d. csqn-Formel zu bejahen ist; nach der Rspr. fehlt es aber am Vorsatz bzgl. des konkreten Kausalverlaufs, während die hM verlangt, dass das Hinzutreten der Handlung eines Dritten zumindest vorhersehbar war. Nach beiden Ansichten bleibt für beide nur versuchter Totschlag. Vollendet ist hier aber jedenfalls – wie auch in den anderen Fallvarianten – eine gefährliche Körperverletzung durch die Beibringung von Gift (§ 224 I Nr. 1 [Nr. 5 dürfte gleichfalls verwirklicht sein, weil dafür nach Rspr. objektive Eignung der Behandlung zur Lebensgefährdung ausreicht, ohne dass die konkrete Gefahr eingetreten sein muss, nicht dagegen Nr. 4, weil es hier an einem Beteiligungsverhältnis an der Tat des jeweils andere fehlt – beide „arbeiteten“ nur zufällig nebeneinander]) durch A und B.

Abw. 2: Dies ist ein Fall des „*in dubio pro reo*“: Zugunsten eines jeden wird unterstellt, er habe die nicht tödliche Dosis eingefüllt, so dass sowohl A als auch B nur wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung (§§ 212, 22; 224 I Nr. 1 u. 5; 52) verurteilt werden können.

### 3. Objektive Zurechnung

Geht es bei der vorab festgestellten Kausalität von Täterverhalten und tatbestandsmäßigem Erfolg nur um eine letztlich naturwissenschaftliche Ursächlichkeitsbeziehung, die kein abschließendes Ergebnis über die obj. Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens liefern kann, bedarf es einer an der konkreten Strafnorm ausgerichteten normativen (d. h. nicht mehr naturwissenschaftlichen) Korrektur mittels der Lehre von der obj. Zurechnung. Die hierfür zu stellende Frage lautet nicht – wie noch bei der Kausalität –, ob ein Verhalten ursächlich für einen bestimmten Erfolg ist, sondern ob sich zugleich auch die dem Verhalten innewohnende Gefahr in dem straftatbestandsmäßigen Erfolg niedergeschlagen hat: „Eine Gefahr (bzw. ein Risiko) qualifizierter Art muss geschaffen bzw. erhöht worden sein, und diese Gefahr (bzw. dieses Risiko) muss sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert haben“ (*Kühl* AT 4/43).

**Fall 3:** A will B erschießen; die Kugel verletzt B aber nur am Arm. Um die Schusswunde versorgen zu lassen, begibt sich B in ein Krankenhaus. Dort bricht – aus Unachtsamkeit verursacht von einem Patienten – ein Brand aus. Dadurch erstickt B noch im Wartezimmer der Notaufnahme. – Abwandlung: B überlebt das Feuer, zieht sich aber später im Krankenhaus eine Wundinfektion zu, an deren Folgen er schließlich stirbt. – Hat sich A jeweils wegen vollendeten Totschlags (§ 212) strafbar gemacht?

**Lösungshinweise – Fall 3:** Auch wenn das Handeln von A kausal i. S. d. csqn-Formel ist, wird von der hM eine Strafbarkeit wegen vollendeten Totschlags verneint; es fehle an der *objektiven Zurechnung* des Todeserfolges zu dem Schuss, weil sich in der Rauchvergiftung nicht das dem Schuss immanente, rechtlich zu missbilligende Risiko verwirklicht hat. Es bleibt eine Strafbarkeit des A wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung (§§ 212, 22; 224 I Nr. 2; 52).

Abw.: Die Wundinfektion der Schussverletzung dürfte noch als Gefahrrealisierung einzustufen sein, so dass von der hM die objektive Zurechnung des Todes von B bejaht werden dürfte. Der BGH käme über die Frage, ob die Abweichung des vorgestellten zum wirklichen Kausalverlauf erheblich ist, in beiden Fällen zu gleichen Ergebnissen, ohne die Frage einer objektiven Zurechnung von Handlung und Erfolg zu prüfen.

**Fall 4: Heroin-Spritzen-Fall – BGHSt 32, 262:** A und B wollten zusammen Heroin konsumieren. A war im Besitz des Heroins, B besorgte zwei Einwegspritzen, bereitete den Stoff zu und füllte ihn in die Spritzen. Jeder spritzte sich selbst. Beide wurden bewusstlos. Bei Eintreffen des von Dritten gerufenen Notarztes war A schon tot; B wurde gerettet. Strafbarkeit des B wegen fahrlässiger Tötung des A?

**Lösungshinweise – Fall 4:** Das Verhalten von B – Besorgen der Spritzen und Zubereiten des Stoffes – war kausal für den Tod des A. Da A sich aber das Heroin selbst verabreicht hatte, handelte es sich um eine *eigenverantwortliche Selbstgefährdung*, bei der die *objektive Zurechnung des Erfolges nur dann an einen Dritten erfolgen kann, wenn dieser kraft überlegenen Wissens das Risiko eher erfasst als das Opfer*, was hier nicht der Fall ist. Damit entfällt der obj. Tatbestand von §§ 212, 222. Ist das Opfer hingegen aufgrund mangelnden Wissens oder sonstiger Bewusstseinsstörungen nicht in der Lage, das ihm von sich selbst drohende Risiko richtig einzuschätzen, gewinnt der andere quasi die *Tatherrschaft kraft seines überlegenen Wissens*. Dann macht er sich wegen seiner Mitwirkung an der Selbstverletzung durch das Opfer auch strafbar.

**Fall 5: OP-Verweigerung – OLG Celle NJW 2001, 2816:** A verursachte einen Verkehrsunfall, bei dem R verletzt wurde. Im Zuge der ärztlichen Behandlung stellte sich heraus, dass R wahrscheinlich gefährliche innere Verletzungen erlitten hatte. Eine zur näheren Diagnose und ggf. Behandlung erforderliche Operation lehnte R jedoch ab, weil diese mit einer Mortalitätsquote von 5-15 % behaftet sei. R verstirbt wenig später; bei der Autopsie stellt sich heraus, dass die Todesursache tatsächlich eine auf den Unfall zurückgehende innere Verletzung war, die mit hoher Wahrscheinlichkeit im Zuge der geplanten OP hätte geheilt werden können. Das AG verurteilt R nur wegen § 229. Zu Recht?

**Lösungshinweise – Fall 4:** Die Handlung des A – Verursachen des Unfalls – ist kausal iSd csqn-Formel auch für den Tod von R. Fraglich ist allerdings die obj. Zurechnung, weil R die Einwilligung in die mit hoher Wahrscheinlichkeit lebensrettende OP verweigert hat. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine den Zurechnungszusammenhang zwischen Täterverhalten und kausalem Erfolg (= Tod) ausschließenden *eigenverantwortliche Selbstgefährdung* (wie im Heroin-Spritzen-Fall), denn zur Tatzeit (= Unfall) hatte R das aus dem Verkehrsunfall resultierende Risiko weder gebilligt noch sich bewusst in dieses begeben. Schließlich wird der Zurechnungszusammenhang auch nicht durch die – vom Opfer vereitelte – hohe Rettungschance unterbrochen, denn die Weigerung des R ist angesichts des nicht unerheblichen Risikos der OP nicht unvernünftig.

## **Sonderkonstellationen: Erfolgsqualifikationen, sonstige Vorsatz- Fahrlässigkeitskombinationen und objektive Bedingungen der Strafbarkeit**

### **I. Ausgangspunkt: Vorsatzdelikt**

Neben den „klassischen“ Vorsatzdelikten, bei welchen gem. §§ 15, 16 I 1 StGB alle zum gesetzlichen (BT-)Tatbestand gehörenden Umstände (d. h. alle Tatbestandsmerkmale: Handlung, Objekt, Erfolg, Kausalität und obj. Zurechnung) vom Vorsatz umfasst sein müssen, gibt es auch Vorsatzdelikte, bei denen einzelne Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes nicht vorsätzlich verwirklicht werden müssen.

§ 11 II StGB bestimmt: *„Vorsätzlich im Sinnen dieses Gesetzes ist eine Tat auch dann, wenn sie einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, der hinsichtlich der Handlung Vorsatz voraussetzt, hinsichtlich einer dadurch verursachten besonderen Folge jedoch Fahrlässigkeit ausreichen lässt.“* Wegen § 15 StGB muss das Ausreichenlassen von Fahrlässigkeit (oder Leichtfertigkeit als gesteigerter Form davon) aber im Gesetz angeordnet sein, sei es im AT allgemein für bestimmte Deliktgruppen (so in § 18 StGB für die Erfolgsqualifikationen), sei es in den einzelnen BT-Tatbeständen (z. B. in § 251 „Leichtfertigkeit“ oder in § 315c III Nr. 1 StGB). Verallgemeinert kann man von Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen sprechen; keine Vorsatzdelikte sind daher nur die Fahrlässigkeits-Fahrlässigkeits-Kombinationen (z. B. § 315c III Nr. 2 StGB). Dass diese Delikte in § 11 II StGB uneingeschränkt als Vorsatzdelikte bezeichnet werden, hat vor allem zur Konsequenz, dass auch der Versuch einer Erfolgsqualifikation strafbar sein kann, soweit es sich dabei um ein Verbrechen i. S. von § 12 I StGB handelt.

Ebenfalls um Vorsatzdelikte handelt es sich bei Straftaten, bei denen die Strafbarkeit vom Eintritt einer objektiven Bedingung abhängt (z. B. §§ 231, 186, 323a StGB). D. h. die Tathandlung muss i. S. von § 15 StGB vorsätzlich gewesen sein, während die objektive Bedingung – unabhängig von irgendeiner subjektiven Beziehung zum Täter – schlicht eingetreten sein muss (z. B. Tod oder schwere Körperverletzung bei § 231 StGB). Strafbare Versuche gibt es hierbei nicht.

## **Rechtswidrigkeit I**

**Fall 1:** *Plattschuss RGSt 32, 295:* J, der Pächter einer Jagd, bemerkt auf deren Gebiet den Jagdhund des T, der nach einem erlegbaren kleineren Tier sucht. Der Hund ließ sich weder durch Worte noch durch einen Schuss in die Luft vertreiben. Daraufhin erschießt J ihn kurzerhand. Strafbar wegen § 303 I, wenn T Strafantrag gestellt hat (§ 303c)? – Ändert sich etwas, wenn T den Hund auf J gehetzt hätte?

**Fall 2:** *Die Sünderin BGHSt 5, 245:* A, der aus moralischen Gründen die Vorführung des Films „Die Sünderin“, in dem Hildegard Knef für weniger als eine Minute unbekleidet zu sehen ist, ablehnt, wirft während einer Kinovorführung plötzlich 50 Stinkbomben. Die Vorführung muss für 15 Minuten unterbrochen werden, die Besucher müssen den Raum verlassen. A verteidigt sein Tun damit, dass er die deutsche Öffentlichkeit und insbesondere auch die anwesenden Kinobesucher vor soviel „schändlicher Nacktheit“ habe schützen müssen. Kann ihn dies vor einer Verurteilung wegen Nötigung (§ 240 StGB) retten?

**Fall 3:** *Obstdiebstahl RGSt 55, 82:* A hält nachts in seiner Hütte mit einer geladenen Schrotflinte Wache über seine Obstbäume. Als er zwei Männer bemerkt, die das Obst von den Bäumen entwenden, ruft er ihnen zu, sie sollen alles fallen lassen und sich davon machen, sonst werde er auf sie schießen. Die Männer ergreifen, allerdings mit dem Obst, die Flucht. Auf die Aufforderung des A, stehen zu bleiben, sonst werde er auf sie schießen, rennen sie nur noch schneller davon. A schießt auf die Männer und verletzt einen davon nicht unerheblich. Strafbar wegen § 224 I Nr. 2, 5?

**Fall 4:** *Parklücke (dazu Krey/Heinrich BT I Rn 358 ff.):* A möchte vor der Mensa einen Parkplatz für seine anfahrende Freundin F freihalten und stellt sich daher auf den Parkplatz. Vor F kommt allerdings der T angefahren und biegt in den Parkplatz ein. Nachdem F trotz anhaltenden Hupens sich nicht auf den Bürgersteig begeben hat, sondern auf dem Parkplatz stehen bleibt, fährt T langsam auf ihn zu und schiebt ihn schließlich mit der Stoßstange langsam hinaus, und gelangt so in die Parklücke. Strafbarkeit von T gem. §§ 223, 240?

**Fall 5:** *Pistolenschlag BGHSt 27, 313:* A möchte seinem Chef C helfen, als dieser von M angegriffen wird. Um den Angriff zu beenden, schlägt A dem M mit einer Pistole, die in einer geöffneten Schublade des Schreibtischs von C lag, kräftig auf die Schulter, damit M den C loslasse. A weiß nicht, ob die Pistole geladen ist. Unglücklicherweise löst sich durch den Schlag ein Schuss, der M schwer verletzt. Hat sich A wegen §§ 223, 224 I Nr. 2, 5 oder zumindest wegen § 229 strafbar gemacht, wenn M einen Strafantrag stellt (vgl. § 230 I)?

**Fall 6:** *Eine Bahnfahrt, die ist lustig BGHSt 42, 96 (= StV 1997, 296 m. Anm. Küh):* B setzt sich ohne gültigen Fahrschein in ein 1. Klasse-Abteil, in dem sich außer ihm nur noch der distinguierte T befindet. B öffnet laut rülpsend eine Schnapsflasche und legt sich auf eine Bankreihe. Er entblößt seinen Oberkörper und sagt zu T, dieser sei doch blöd, dass er soviel Geld für eine Fahrkarte ausgegeben habe. Er habe dies lieber in Alkohol investiert. T möchte ihn herausekeln und öffnet zu diesem Zweck das Fenster. B schließt es wieder. Das wiederholt sich mehrere Male. B, der sehr friert, droht daraufhin dem T Schläge an, wenn er noch einmal das Fenster öffne. T

zeigt dem B nunmehr sein Fahrtenmesser. In der Annahme, dies werde B von Tötlichkeiten abhalten, öffnet T erneut das Fenster. Daraufhin stürzt sich B mit den Fäusten auf T. Zunächst versucht T, die Schläge abzuwehren. Als B aber zu ihm sagt, er werde ihn jetzt mit eigenen Händen erwürgen, stößt T ihm mit dem Messer in den Bauch. B wird so unglücklich verletzt, dass er wenig später daran verstirbt. T hatte den Angriff nur „möglichst schnell und effektiv“ abwehren wollen, obwohl er auch Hilfe von inzwischen vor dem Abteil stehenden Personen hätte anfordern können. Hat er sich nach § 227 strafbar gemacht.

### Arbeitspapier zur Rechtswidrigkeit I

Von der Rechtsordnung gebilligtes Verhalten kann niemals Grund der Strafbarkeit sein. Das gilt auch dann, wenn das gestattete Verhalten objektiv und subjektiv die Voraussetzungen eines Straftatbestandes erfüllt (z. B. der ärztliche Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung gem. § 223). **Strafbares Unrecht** liegt daher nicht schon dann vor, wenn ein Straftatbestand verwirklicht ist, sondern erst wenn diese Verwirklichung nicht durch Regelungen der Rechtsordnung gerechtfertigt und mithin rechtswidrig ist. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Festlegung der Tatbestandsvoraussetzungen typischerweise unrechtmäßige Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, aber eben nicht gesagt, dass allein wegen der Verwirklichung des Tatbestandes bereits eine Strafbarkeit eintritt.

Da es bei der Frage, ob tatbestandsmäßiges Verhalten auch strafbares Unrecht darstellt, darauf ankommt, ob dieses Verhalten von Rechtswegen zulässig ist oder nicht, können Rechtfertigungsgründe nicht nur dem Strafrecht entnommen werden. Gestattet nämlich z. B. das BGB im Zivilrechtsverkehr ein bestimmtes Verhalten, kann – auch wenn es alle Tatbestandsmerkmale einer Straftat erfüllt – nicht davon die Rede sein, dass es sich dabei um Unrecht (und sei es im Sinne des Strafrechts) handelt. Insofern gilt der **Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung**; vereinzelt wurde demgegenüber vertreten, dass es auch Fälle partieller Strafrechtswidrigkeit gäbe (z. B. die Indikationen bei § 218 a.F. oder die Verwerflichkeitsklausel in § 240 II), doch hat sich diese Lehre von den Strafunrechtsausschlussgründen nicht durchsetzen können.

#### Grundgedanke aller Rechtfertigungsgründe (vgl. Ebert AT S. 70 f.)

1. **Prinzip des überwiegenden Interesses:** Steht das durch die tatbestandsmäßige Handlung verletzte Interesse mit einem durch die Handlung geschützten Interesse im Widerstreit, ist die Handlung gerechtfertigt, wenn das geschützte das verletzte Interesse überwiegt (z. B. Notwehr, Notstand, §§ 227, 228, 904 BGB, Widerstandsrecht [Art. 20 IV GG], Festnahmerecht [§ 127 StPO], Wahrnehmung berechtigter Interessen [§ 193 StGB]).
2. **Prinzip des mangelnden Interesses:** Entfällt das durch die tatbestandsmäßige Handlung betroffene Interesse, weil dessen Träger auf seinen Schutz wirksam verzichtet, ist die Handlung gerechtfertigt (z. B. [mutmaßliche] Einwilligung, behördliche Erlaubnis bzw. Genehmigung).

#### Theoretische Einordnung

1. [hM]: Die *Erfüllung des gesetzlichen Straftatbestandes indiziert* grundsätzlich – wenn nicht ausnahmsweise anerkannte Rechtfertigungsgründe zugunsten des

Täters eingreifen – *die Rechtswidrigkeit* seiner Handlung (vgl. zB *Kühl* AT 6/1 ff.); diese ist mithin **nach** Bejahung des objektiven und subjektiven Tatbestandes sowie (möglicherweise) objektiver Strafbarkeitsbedingungen zu prüfen. Ob auch ein *subjektives Rechtfertigungselement* erforderlich ist, ist in der Lehre nicht unumstritten, wird in der Rspr. aber verlangt (vgl. *BGHSt* 2, 111). Für diese Lehre spricht das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgrund (*Kühl* AT 6/8).

2. [aM]: *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* – nach dieser Mindermeinung besteht jeder Straftatbestand in seinem objektiven und subjektiven Teil zum einen (positiv) aus der Bejahung der im einzelnen Strafgesetz beschriebenen Merkmale und zum anderen (negativ) aus dem Nichtvorliegen der objektiven und subjektiven Voraussetzungen der anerkannten Rechtfertigungsgründe. Bedeutsam ist dieser Streit allerdings v. a. im Bereich des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, der für dies Ansicht als Tatbestandsirrtum gem. § 16 StGB anzusehen ist, weil die negativen Tatbestandsmerkmale subjektiv nicht vorliegen (Hinweis: Es empfiehlt sich unbedingt (!), der hM zu folgen; hält man dagegen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen für überzeugender, sollte man aber unbedingt innerhalb dieser folgerichtig weiter prüfen!).

### **Aufbau – Notwehr, § 32 StGB** (vgl. *Ebert* AT S. 71 ff.)

1. **Notwehrlage**: ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff (§ 32 II StGB)
  - a) *Angriff* ist die von einem Menschen (nicht von einem Tier oder einer sonstigen Sache) ausgehende oder drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen (jedes Individualrechtsgut); er muss nicht vorsätzlich sein und kann nach hM auch durch Unterlassen geschehen.
  - b) *Gegenwärtig* ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, andauert oder noch fortwirkt.
  - c) *Rechtswidrig* ist der Angriff, wenn er einer Norm der gesamten Rechtsordnung (nicht nur aus dem StGB) zuwider erfolgt, insbesondere (aber nicht nur!), wenn er nicht seinerseits durch einen anerkannten Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt ist.
2. **Notwehrhandlung**: die erforderliche Verteidigung (§ 32 II StGB)
  - a) *Verteidigung* ist die Abwehr des o. g. Angriffs (nur gegen den Angreifer, nicht gegen Dritte); in Betracht kommen Schutz- wie Trutzwehr (= Abwehr/Angriff, nicht aber Weggehen = „schimpfliche Flucht“ oder die Hilfe Dritter [Ausnahme: Polizei]).
  - b) *Erforderlich* ist eine Handlung, wenn sie das mildeste, zur sofortigen, sicheren und endgültigen Abwehr des Angriffs *geeignete* Mittel ist; der Angegriffene muss dem Angriff aber nicht ausweichen („Recht braucht Unrecht nicht weichen“). Sofern polizeiliche Hilfe zur Verfügung steht, geht diese aber vor. – Vor dem Einsatz gefährlicher Waffen sind diese allerdings grundsätzlich zunächst verbal (auch konkludent) anzudrohen – bei Schusswaffen ist zusätzlich ein Warnschuss abzugeben – und sodann zunächst in möglichst ungefährlicher Weise einzusetzen (3-Stufen-Theorie des BGH); zur Problematik der Erforderlichkeit bei Selbstschussanlagen *Bindzus*, JuS 1989, L 28 ff.
  - c) Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung findet bei § 32 StGB (anders als bei § 34 StGB) nicht statt; in engen Grenzen kann allerdings ausnahmsweise die *Gebotenheit* der Notwehr verneint werden (*individualrechtliche und sozial-ethische Einschränkungen der Notwehr*), so gegen erkennbar Schuldunfähige,

Kinder, Betrunkene, bei einem besonders krassen Missverhältnis zwischen verteidigtem und verletzten Rechtsgut, unter einander besonders nahestehenden Personen und wenn der Täter die Notwehrlage vorsätzlich oder zumindest pflichtwidrig provoziert hat sowie zur bloßen Unfugabwehr (dazu *Kühl* AT 7/187 ff.). – Zu von der hM abgelehnten weitere Einschränkungen des Notwehrrechts bei voraussichtlich tödlichen Verteidigungsmitteln im Lichte von Art. 2 II GG, 2 II a EMRK vgl. *Kühl* AT 7/118 u. 185.

3. **Subjektive Rechtfertigungselemente:** Kenntnis vom Vorliegen der objektiven Notwehrvoraussetzungen und Verteidigungswille (Umstr., ob nicht schon Kenntnis der Notwehrlage ausreicht; für Fahrlässigkeitsdelikte soll es nur auf das objektive Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes ankommen).

### **Aufbau – Notstand, § 34 StGB** (vgl. *Ebert* AT S. 80 ff.)

Hinweis: Soweit es um die Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache geht, sind §§ 228 (Defensivnotstand), 904 (Aggressivnotstand) BGB als *leges speciales* vor § 34 StGB zu prüfen!

1. **Notstandslage:** Gegenwärtige Gefahr für ein Individualrechtsgut (§ 34 S. 1 StGB; nicht nur für die darin genannten!)
  - a) *Gefahr* ist ein Zustand, in dem nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist, wobei an den Grad der Wahrscheinlichkeit (hier) noch keine besonderen Anforderungen zu stellen sind.
  - b) *Gegenwärtig* ist die Gefahr, wenn sie in allernächster Zeit zu einem Schaden führen kann oder der – später eintretende – Schaden nur durch sofortiges Handeln wirksam abgewendet werden kann,
2. **Notstandshandlung:** Tatbestandsmäßige Handlung, die die Gefahr abwenden soll
  - a) Maßnahme muss *geeignet* sein; daran fehlt es bei extrem geringen Rettungschancen.
  - b) Handlung muss *erforderlich*, d. h. das mildeste, geeignete Mittel, sein.
3. Umfassende **Güter- und Interessenabwägung** (§ 34 S. 1 a. E.): Zu berücksichtigen sind Rang der kollidierenden Rechtsgüter, Ausmaß der ihnen drohenden Verletzung, Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, Größe der Rettungschance und Schutzwürdigkeit der kollidierenden Rechtsgüter im Einzelfall.
4. **Subjektives Rechtfertigungselement:** Kenntnis vom Vorliegen der objektiven Notstandsvoraussetzungen und Rettungswille.
5. **Angemessenheitsklausel:** Durch § 34 S. 2 soll eine Notstandsrechtfertigung auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Tat nach den anerkannten Wertvorstellungen der Gesellschaft als sachgemäße Konfliktlösung erscheint. Daran fehlt es beim Eingriff in unantastbare Freiheitsrechte des einzelnen und bei Vorliegen einer besondere Gefahrtragungspflicht des Gefährdeten (so zB *Ebert* AT S. 85; nach aM gehört dies bereits mit in die Güter- und Interessenabwägung [dann unter 3. zu prüfen]).

### **Folgen des Eingreifens eines Rechtfertigungsgrundes** (vgl. *Ebert* AT S. 64 f.)

1. Der **Täter** begeht kein strafbares Unrecht und bleibt folglich straffrei; auch Maßregeln der Besserung und Sicherung i. S. v. §§ 61 ff. können gegen ihn nicht verhängt werden.

2. Jeder **Teilnehmer** (Anstifter, Gehilfe, §§ 26, 27 StGB) bleibt wegen der Akzessorietät seiner Teilnahme zur *rechtswidrigen* Haupttat (vgl. §§ 26 f.) ebenfalls straffrei.
3. Das **Opfer** muss die gerechtfertigte Handlung des Täters dulden und ist daher seinerseits nicht gerechtfertigt, wenn es sich dagegen zur Wehr setzt; solange dieser sich in den Grenzen seines anerkannten Rechtfertigungsgrundes bewegt, ist Widerstand dagegen nicht gerechtfertigt, so dass z. B. Notwehr gegen eine durch Notwehr gerechtfertigte Handlung ausscheiden muss. Allerdings gilt dies nur, soweit der Rechtfertigungsgrund wirkt, so dass z. B. der Angreifer eine durch Notwehr gerechtfertigte Abwehrhandlung von Rechts wegen dulden muss, nicht aber auch ein am Angriff unbeteiligter Dritter, gegen dem Notwehr nicht möglich ist. Dessen Duldungspflicht kann sich allerdings z. B. daraus ergeben, dass ihm gegenüber die Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstandes (z. B. § 34) gegeben sind.

Zu **Einzelheiten zu den einzelnen Rechtfertigungsgründen** vgl. die ausführliche und aktuelle Darstellung des Meinungsstandes bei *Kühl* AT §§ 6 – 9 (§ 6 zu den Grundfragen aller Rechtfertigungsgründe, § 7 ausführlich zur Notwehr, § 8 zum Notstand, § 9 zu zahlreichen weiteren Rechtfertigungsgründen auch außerhalb des StGB, bei denen z. T. die Abgrenzung zu bloßen Entschuldigungsgründen umstritten ist). Vor allem soweit es – wie häufig im „kleinen Schein“ – in der Hausarbeit auch um das mögliche Eingreifen anerkannter Rechtfertigungsgründe geht, sollte man unbedingt hier nachsehen!

Soweit einzelne Rechtfertigungsgründe nicht dem StGB entstammen, finden sich regelmäßig dazu Anmerkungen in den *StGB-Kommentaren vor §§ 32 ff.*

### **Lösungsskizze Fall 6 – BGHSt 42, 96**

#### **Strafbarkeit des T gem. § 227**

T könnte sich wegen Körperverletzung mit Todesfolge an B strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestand**

**a) Objektiv:** T müsste den B körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt und dadurch dessen Tod verursacht haben. Der Messerstich (= Tathandlung) in den Bauch stellt jedenfalls einen pathologischen Zustand her und ist damit eine Gesundheitsschädigung i. S. v. § 223 I. Durch diese Verletzung wird auch der spätere Tod des B kausal und obj. zurechenbar hervorgerufen. Für § 227 ist weiterhin ein spezifischer Gefahrezusammenhang erforderlich, doch auch dieser ist hier zu bejahen, denn gerade die der Körperverletzung (Stichwunde) oder zumindest der Körperverletzungshandlung (Messerstich) innewohnende Gefahr eines tödlichen Ausgangs hat sich vorliegend realisiert.

**b) Subjektiv:** T müsste hinsichtlich der Körperverletzung vorsätzlich gehandelt haben, was zu bejahen ist. Bzgl. der schweren Folge genügt gem. § 18 bei erfolgsqualifizierten Delikten Fahrlässigkeit, so dass es T nur hätte vorhersehen können müssen, dass seine Stichverletzung zum Tode des B führen könnte. Das ist hier sicher anzunehmen. Allerdings scheidet nach hM eine Strafbarkeit gem. § 227 aus, wenn der Täter Tötungsvorsatz hatte, weil dann gegenüber §§ 211 ff. kein Unterschied auszumachen wäre; Tötungsvorsatz kann man aber vorliegend zumindest in dubio pro reo nicht annehmen.

## **2. Rechtswidrigkeit**

T könnte durch Notwehr gem. § 32 gerechtfertigt sein. Dafür müsste er sich zur Tatzeit in einer *Notwehrlage* befunden haben, was voraussetzt, dass ihm gegenüber ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff des B stattgefunden hat. B schlägt zunächst auf T ein und geht dann zum Erwürgen über; darin liegt ein gegenwärtiger, weil noch andauernder Angriff auf Leib und Leben des T. Dieser müsste seinerseits rechtswidrig sein; das entfällt, wenn B zu seinem Angriff gerechtfertigt war. Hier hat zwar T durch sein Vorverhalten den Angriff des B zumindest mitverursacht, doch folgt aus dem Öffnen des Fensters und dem Zeigen des Messers (wohl noch) kein Recht auf einen dagegen gerichteten Angriff. Jedenfalls aber wäre dieser nur gerechtfertigt, wenn er seinerseits das mildeste geeignete Mittel darstellt, was hier nicht der Fall ist. Damit war der Angriff des B rechtswidrig; T befand sich in einer Notwehrlage.

Als *Notwehrhandlung* müsste er das mildeste, zur sicheren Angriffsabwehr geeignete Mittel eingesetzt haben. Der Messerstich war zur Angriffsabwehr geeignet. Flucht ist kein Notwehrmittel und hier wohl auch nicht mehr möglich. Gleichfalls muss man sich nicht auf die Hilfe eingriffsbereiter Dritter zurückziehen, es sei denn, es handelt sich um eingriffsbereite Polizisten, so dass für die Frage der Erforderlichkeit die Möglichkeit des Um-Hilfe-Rufens unerheblich ist. Gegenüber dem Messereinsatz wäre eine Faustabwehr zwar milder, doch hat sie bereits ihre fehlende Eignung bewiesen. Vor dem Einsatz gefährlicher Mittel wie Waffen, Messer etc. sind diese grundsätzlich zunächst anzudrohen – was hier stattgefunden hat – und sodann zuerst gegen relativ ungefährliche Körperregionen einzusetzen; angesichts der konkreten Situation – B hatte sich ja auf T gestürzt – war ein anderer Messereinsatz aber (wohl) kaum möglich, so dass das erforderliche Verteidigungsmittel gewählt worden war.

Ausnahmsweise ließe sich vorliegend jedoch an sozial-ethische Einschränkungen des Notwehrrechts unter dem Gesichtspunkt der *Gebotenheit* denken. Für eine solche Einschränkung sprechen hier die erkennbare Alkoholisierung des B und vor allem das provokante Vorverhalten des T, der seinerseits durch das Fensteröffnen trotz des erkannten Frierens von B diesem gegenüber seine Missachtung zeigte. Darin liegt zwar keine Absichtsprovokation, weil T den B nicht unter dem Mantel eines (vermeintlichen) Notwehrrechts verletzen wollte; doch handelt es sich um eine sonst fahrlässige Provokation, die das Notwehrrecht zwar nicht ausschließt, wohl aber einschränkt. Vor dem Messereinsatz hätte T daher – so zumindest der BGH – versuchen müssen, vor dem Abteil befindliche Dritte gegen B um Hilfe zu rufen. Erst wenn dies ergebnislos geblieben wäre, hätte er sich mit dem Messer verteidigen dürfen (dieses Ergebnis ist allerdings in der Lit. umstr.). Daher ist – so der BGH – seine Tat handlung nicht durch Notwehr gerechtfertigt.

Mangels anderer Rechtfertigungsgründe handelte T rechtswidrig.

## **3. Schuld**

Als Entschuldigungsgrund in Betracht kommt § 33 (Notwehrexzess; Einzelheiten dazu in der VL „Schuld“). T hat sich – wie gezeigt – mit einem in concreto zu schwerwiegenden Mittel verteidigt. Dieser Exzess entschuldigt aber nur, wenn er aus einem Affekt der Schwäche heraus vorgetragen wird; dass T aus Furcht etc. so gehandelt hat, wird aber im SV nicht deutlich, denn er wollte ja umgekehrt den Angriff schnell und effektiv abwehren. Damit scheidet eine Entschuldigung über § 33 aus.

In Ermangelung anderer Entschuldigungsgründe, handelte T auch schuldhaft.

## **4. Ergebnis**

T hat sich wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 strafbar gemacht.

## Rechtswidrigkeit II

**Fall 1:** *Sado-Maso* – BGHSt 49, 166: Auf ausdrücklichen Wunsch seiner Lebensgefährtin L, die durch Sauerstoffmangel sexuelle Erregung erlangt, drückt A ohne Tötungsvorsatz wiederholt mit einem Metallrohr auf den Hals der L; dadurch kommt es zum Ersticken der L. Strafbarkeit wegen § 227 StGB?

**Fall 2:** *Brieföffner* (nach *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 550 u. 604): Museumsdirektor M befindet sich auf einer längeren Studienreise. Wie vereinbart legt seine Ehefrau F die eingehende Post ungeöffnet auf seinen Schreibtisch. Ein an M adressiertes Schreiben des Finanzamts öffnet sie nach einigem Zögern in der Besorgnis, dass M eine wichtige Frist versäumen könne. Zu ihrer Überraschung enthält der Brief aber nur die Mitteilung über eine Steuerrückvergütung, auf die M schon geraume Zeit wartete, von der aber F nichts erfahren sollte. Bei seiner Rückkehr zeigt sich M über den Vorfall sehr ungehalten. Noch von der ehelichen Auseinandersetzung erregt, versetzt er dem 13jährigen Sohn S eine Ohrfeige, als er hört, dass S sich im Rahmen einer freiwilligen „Mutprobe“ von R eine brennende Zigarette in den Oberschenkel hat drücken lassen, was neben der Brandwunde eine schmerzhaft Entzündung zur Folge hatte. Damit so etwas nicht wieder vorkommt, sperrt er ihn obendrein noch zwei Stunden in sein Zimmer ein. Strafbarkeit von F, R und M?

### Grundüberlegung:

Schon das römisch-gemeine Recht kannte den Grundsatz: „volenti non fit iniuriam“ = Gewolltes kann kein Unrecht sein. Daraus wird heutzutage abgeleitet, dass eine wirksame Einwilligung in eine tatbestandsmäßige Handlung deren Unrecht entfallen lässt und mithin als Rechtfertigungsgrund wirkt. Wie die mutmaßliche Einwilligung gründet sich die Rechtfertigungswirkung hier im „Prinzip mangelnden Interesses“ (s. RW I), weil das durch die tatbestandsmäßige Handlung verletzte Rechtsgut (z.B. die körperliche Integrität oder Eigentum) durch den dazu befugten Rechtsgutsinhaber freiwillig preisgegeben worden ist.

### Das tatbestandsausschließende Einverständnis:

Die Einwilligung (auch die mutmaßliche) ist als (ungeschriebener) Rechtfertigungsgrund strikt vom bereits **tatbestandsausschließenden Einverständnis** zu trennen (vgl. *Bergmann*, JuS 1989, L 65 – Übersichtliche Tabelle zur Abgrenzung bei *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 602)! Liegt letzteres objektiv vor (z.B. des Hausrechtshabers bzgl. § 123 StGB), muss bereits nach Prüfung des objektiven Tatbestandes die Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts – unabhängig vom Vorliegen möglicher Rechtfertigungsgründe – verneint werden. Stellt sich der Täter irrtümlich das Vorliegen eines solchen Einverständnisses vor, handelt es sich in jedem Fall um einen Tatbestandsirrtum iSd § 16 StGB (unabhängig von der später noch zu behandelnden Frage des Irrtums über die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes wie z. B. der [mutmaßlichen] Einwilligung). Für die Prüfung eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses im objektiven Tatbestand (und den entsprechenden Vorsatz im subjektiven) ist aber nur Platz, „wo der *Tatbestand* ausdrücklich oder sinngemäß ein *Handeln gegen oder ohne den Willen des Betroffenen*

voraussetzt“ (*Ebert AT S. 87*). Im Unterschied zur Einwilligung wird das Einverständnis grundsätzlich nicht durch Willensmängel unwirksam.

### **Aufbau – Einwilligung** (vgl. *Ebert AT S. 86 f.*; *Kühl AT 9/27 ff.*)

1. Der Einwilligende muss **Träger** des durch den Tatbestand geschützten **Rechtsgutes** sein; daran fehlt es bei Rechtsgütern der Allgemeinheit und solchen, die (auch) anderen Trägern zustehen.
2. Der Einwilligende (oder sein Vertreter) muss über das ihm zustehende Rechtsgut **Dispositionsbefugnis** haben; daran fehlt es v. a. bzgl. des Rechtsguts *Leben* (vgl. § 216 I StGB). Es gibt auch Fälle, in denen der Gesetzgeber bestimmten Personengruppen die Dispositionsbefugnis über Teile ihres Körpers partiell entzogen hat. So ist die Organentnahme bei Minderjährigen und Einwilligungsunfähigen im Rahmen einer Lebendspende nach § 8 I Nr. 1 Transplantationsgesetz (TPG) unzulässig; unabhängig von der konkreten Einsichtsfähigkeit des Jugendlichen fehlt es damit bereits an einer Dispositionsbefugnis über einzelne seiner Organe.
3. Die Einwilligung muss **vor der Tat** (*ausdrücklich* oder *konkludent* = durch schlüssiges Handeln) erklärt worden sein; eine nachträgliche Zustimmung bzw. Billigung des Verhaltens genügt im Strafrecht generell nicht (anders im Zivilrecht § 184 I BGB), weil es für die Beurteilung einer Tat als rechtswidrig oder nicht auf die Situation zur Tatzeit (= bis Ende der Tathandlung) ankommen muss. Kann die Einwilligung nicht rechtzeitig erlangt werden, bleibt nur eine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung (dazu sogleich).
4. Die Einwilligung muss **wirksam** erteilt worden sein. Das setzt voraus:
  - a) **Einwilligungsfähigkeit**, die sich nicht an starren Altersgrenzen, sondern an der *Einsichts- und Urteilsfähigkeit* des Rechtsgutsträgers orientiert: Dieser muss imstande sein, Bedeutung und Tragweite des jeweiligen Rechtsgutsverzichts und der jeweiligen Verletzung ermessen zu können; daran fehlt es z. B. bei Volltrunkenen, bei Kindern kommt es auf die konkrete Einsichtsfähigkeit an, die je nach Schwere des Eingriffs und möglicher Spätfolgen unterschiedlich zu beurteilen ist (Faustregel: je schwerer der Eingriff und je höher das Risiko, umso älter und reifer muss das Kind sein).
  - b) Die Einwilligung muss frei von **wesentlichen Willensmängeln** sein, so dass die durch *Zwang* oder *Täuschung* erlangte Einwilligungserklärung als Rechtfertigungsgrund ausscheidet. Dies gilt auch für eine Einwilligung, die *nicht in Kenntnis aller* die Tragweite des Rechtsgutsverzichts und der Verletzung betreffenden *Umstände* erteilt wurde (daher ist vor einem *ärztlichen Heileingriff* [tatbestandsmäßig iSv § 223 StGB] eine *umfassende Aufklärung* durch den Arzt erforderlich (§ 630e I BGB gibt seit 2013 insoweit Anhaltspunkte, ist aber nicht abschließend, so dass weiterhin auf die vorherige Rspr. zum Strafrecht zurückgegriffen werden kann) – fehlt es daran, ist selbst der gelungene ärztliche Eingriff nicht gerechtfertigt!). Ausnahme nur, wenn die Fehlvorstellung nicht rechtsgutsbezogen und daher nicht einwilligungserheblich ist (vgl. *Wesels/Beulke/Satzger AT Rn. 573*).
5. Der Täter muss in **Kenntnis der Einwilligung** gehandelt haben (*subjektives Rechtfertigungselement*).
6. Eine **Körperverletzung** iSv §§ 223 ff., 340 ist trotz Einwilligung des Verletzten nach § 228 nicht gerechtfertigt, wenn die Tat trotz der Einwilligung **gegen die guten Sitten verstößt** (umstr. zB für Körperverletzungen durch Dopinginjektionen); diese Schranke der Einwilligung gilt *nicht* für andere Tatbestände, wie zB § 306. Nach früher ganz h. M. kam es dabei darauf an, ob die Tat gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, während die neuere Rspr. vor-

rangig darauf abstellt, ob die Tat so gefährlich ist, dass eine schwere Körperverletzung i. S. v. § 226 oder sogar der Tod des Opfers droht (BGHSt 49, 34, 40 ff. u. 166). Ausnahmsweise können aber auch solch gefährliche Verletzungen durch Einwilligung gerechtfertigt sein, wenn es dafür einen vernünftigen Grund gibt (z. B. Einwilligung in lebensgefährliche Operation, um schwere Krankheit endgültig zu besiegen; Einwilligung in Amputation, weil anderenfalls lebensgefährliche Sepsis droht).

### **Aufbau – mutmaßliche Einwilligung** (vgl. *Haft AT S. 108*)

Hinweis: Auch dabei handelt es sich um einen *Rechtfertigungsgrund*, der aber *nur bei Fehlen einer (ausdrücklichen oder konkludenten) Einwilligung* geprüft werden darf. Die mutmaßliche Einwilligung deckt sich bei Identität von durch die Notstandshandlung Geschütztem mit dem Verletzten – soweit es um das Handeln im Interesse des Betroffenen und nicht um ein Handeln bei dessen mangelndem Interesse – in ihren Voraussetzung weitgehend mit denen des allgemeinen rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB; sie geht letzterem insoweit aber vor, weil auch die mutmaßliche Einwilligung auf den (mutmaßlichen) Willen des Verletzten und damit dessen Selbstbestimmungsrecht über seine Rechtsgüter rekurriert, während der Notstand letztlich auf ein objektives Überwiegen des Interesses des Verletzten an dem Eingriff abstellt, selbst wenn in concreto der (mutmaßliche) Wille des Verletzten übergangen wird..

1. [*Vorprüfung*] Fehlte eine ausdrückliche Einwilligung und war dem Täter kein entgegenstehender Wille des Rechtsgutsinhabers bekannt?
2. Die **Einwilligungsvoraussetzungen** (s. o.) müssen – wäre eine Einwilligung ausdrücklich erklärt worden – vollständig vorliegen. Daher ist auch in Bezug auf eine Fremdtötung eine mutmaßliche Einwilligung ausgeschlossen; bei Körperverletzungen darf die Tat auch bei Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstoßen.
3. Der **hypothetische Wille** des Betroffenen muss – nach sorgfältiger Prüfung desselben durch den Täter – auf Vornahme des Eingriffs gerichtet sein; bei der Ermittlung des subjektiven Willens gehen die (bekannten oder – zB durch Befragung der angehörigen oder sonst nahe stehender Personen – ermittelten) subjektiven Wünsche des Betroffenen einer objektiven Interessenabwägung zwar vor, lassen sie sich aber nicht ermitteln, bleibt regelmäßig nichts anderes übrig, als das im (objektiven) Interesse des Rechtsgutsinhabers liegende Verhalten als das von ihm auch (mutmaßlich) Gewollte anzunehmen. Ein später oder anderenorts (dem Täter unbekannt) geäußelter entgegenstehender Wille, ändert an der Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung nichts!
4. Täter muss **in Kenntnis der Umstände** gehandelt und eine **gewissenhafte Prüfung** der für die Ermittlung des hypothetischen Willens des Berechtigten bedeutsamen Umstände vorgenommen haben (*subjektives Rechtfertigungselement*).

### **Sonderfall: Hypothetische Einwilligung** (*Kühl, AT 9/47a*):

**Bsp.** BGH NStZ-RR 2004, 16: Arzt A hat irrig den falschen Wirbel der Patientin P operiert. Vor der 2. OP erklärt er der P, die fortdauernden Schmerzen seien trotz erfolgreicher 1. OP weiterhin auf den „richtigen“ Wirbel zurückzuführen; P willigt ein und A nimmt die 2. OP erfolgreich vor. Dabei nimmt A an, dass P auch in Kenntnis der wahren Sachlage – dass der schmerzhafteste Wirbel noch gar nicht operiert worden ist – in die medizinisch gebotene 2. OP eingewilligt hätte.

Mangels ordnungsgemäßer Aufklärung ist die Einwilligung der P in die 2. OP eigentlich nicht wirksam, doch soll nach der Rspr. die Rechtswidrigkeit (der KV durch die 2. OP) entfallen, wenn P bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchge-

führte 2. OP eingewilligt hätte. Manche sehen daher in der hypothetischen Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund, andere einen Ausschluss der objektiven Zurechnung auf Rechtfertigungsebene.

### **Aufbau – Erziehungs- und Züchtigungsrecht** (vgl. *Kühl* AT 9/52 ff.)

In den rechtlich anerkannten Grenzen kann das Erziehungsrecht der Eltern straftatbestandsmäßige Handlungen (z. B. §§ 239) rechtfertigen. Bis 1998/2000 wurde daraus allgemein auch ein Züchtigungsrecht der Eltern (nicht mehr der Lehrer etc.) abgeleitet, das (sogar gefährliche, vgl. *BGH* NStZ 1987, 173) Körperverletzungen rechtfertigen konnte. Dies ist mit dem Verbot körperlicher Züchtigung durch die Eltern in § 1631 II BGB nF („Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig“) sehr fraglich geworden, wird aber von einigen Stimmen immer noch vertreten (vgl. *Kühl* AT 9/77b mwN pro und contra). Das Erziehungs- und somit auch das Züchtigungsrecht als Ausfluss daraus stehen grundsätzlich nur den Eltern zu, kann einem Dritten aber zur Ausübung überlassen werden.

Nicht erst auf Rechtfertigungsebene, sondern bereits im objektiven Tatbestand des § 223 zu problematisieren ist aber, ob eine ganz milde Körperstrafe (wie ein leichter Klaps) überhaupt den Tatbestand einer Körperverletzung verwirklicht oder mangels hinreichender Schwere bzw. wegen Sozialadäquanz dies zu verneinen ist. Nur wenn tatbestandlich eine Körperverletzung gegeben ist, kann man im Rahmen der Rechtswidrigkeit ein Züchtigungsrecht als Rechtfertigungsgrund diskutieren; nimmt man heute noch ein solches an, muss man wie folgt prüfen:

1. Es muss ein **hinreichender Züchtigungsanlass** vorliegen, d. h. ein konkretes Fehlverhalten des Kindes; eine präventive Züchtigung kann keinesfalls rechtfertigen.
2. Die Züchtigung muss objektiv zur Erreichung eines Erziehungszweckes **geboten** sein (vgl. *Kühl* AT 9/63: Züchtigung darf **nicht** von vornherein **unvertretbar** erscheinen).
3. Die Züchtigung muss **maßvoll** erfolgt sein; in jedem Fall verboten sind alle **entwürdigenden** Züchtigungsmaßnahmen, so dass eine gefährliche Körperverletzung keinesfalls gerechtfertigt sein kann.
4. Die Züchtigung muss in einem **angemessenen Verhältnis** zum Alter des Kindes und zur Schwere der Verfehlung (dem Züchtigungsanlass) stehen. Je älter das Kind ist, umso weniger ist eine körperliche Züchtigung das angemessene Erziehungsmittel; bei Volljährigkeit endet das elterliche Erziehungsrecht, auf dem das Züchtigungsrecht basiert, ohnehin!
5. Subjektiv muss die Züchtigung (zumindest auch) vom **Erziehungswillen** getragen sein; daran fehlt es, wenn Täter seine sadistischen Neigungen befriedigen oder sich abreagieren will (nicht: bei bloßem Ärger über die Verfehlung oder neben dem Erziehungswillen).

## Lösungsskizze – Fall 2 „Brieföffner“

### I. Strafbarkeit der F gem. § 202 I Nr. 1

F könnte sich, indem sie den Brief an M geöffnet hat, wegen Verletzung des Briefgeheimnisses strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

**a) Obj.:** F hat den an M adressierten verschlossenen Brief geöffnet; dieser ist durch die Adressierung nach der Verkehrsanschauung allein zur Kenntnis des M – nicht automatisch auch zu der z. B. seiner Ehefrau – bestimmt. Fraglich ist nun, ob ein Einverständnis des M bereits den Tb. entfallen lassen würde; nach h. M. soll aber das Wort „unbefugt“ nur darauf hindeuten, dass auf RW-Ebene eine Öffnungsbefugnis genau geprüft werden soll.

**b) Subj.:** F wusste, dass sie einen zur Kenntnis des M bestimmten Brief geöffnet hat.

#### 2. Rechtswidrigkeit:

Als Befugnisnorm käme zunächst eine Einwilligung des M in Betracht; diese scheitert – auch konkludent – allerdings schon daran, dass M explizit die Briefe ungeöffnet hingelegt bekommen wollte.

Als weiterer Rechtfertigungsgrund ist an eine mutmaßliche Einwilligung des M zu denken. Hier ist zunächst fraglich, ob nach der o. g. Erklärung überhaupt noch Raum für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung besteht; eine solche scheidet immer aus, wenn die Einwilligung in das fragliche Verhalten ausdrücklich oder konkludent verweigert worden ist. Da aber M nicht explizit das Öffnen des Briefes vom Finanzamt verboten hat, ist zu prüfen, ob sein allgemeines „Brieföffnungsverbot“ im Wege der Auslegung gerade auch solche Briefe erfassen sollte, bei denen Fristen o. ä. mit der Zustellung zu laufen beginnen. Zumindest aus Sicht eines obj. Empfängers und damit auch der F, der ja nichts anderes bekannt ist, wird man das verneinen müssen; dann liegt sozusagen eine Lücke in der Erklärung des M, die die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung zulässt. Keine Rolle spielt dann der tatsächlich entgegenstehende Wille des M, wenn dieser – wie hier – nicht rechtzeitig erfragt werden kann. Es kommt vielmehr nur darauf an, wie M mutmaßlich entschieden hätte; da der F gerade verborgen geblieben ist, dass er ihr gegenüber Briefe des Finanzamts verheimlichen wollte, spricht alles dafür, dass F davon ausgehen durfte, M hätte zugestimmt, wenn sie ihn rechtzeitig erreicht hätte. Damit ist F durch mutmaßliche Einwilligung des M gerechtfertigt und hat sich nicht gem. § 202 I Nr. 1 strafbar gemacht.

### II. Strafbarkeit des R gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2

Indem R dem S eine brennende Zigarette in den Oberschenkel gedrückt hat, könnte er sich wegen – ggf. gefährlicher – Körperverletzung strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand:

**a) Obj.:** Das Eindrücken der Zigaretten stellt eine üble und ungemessene Behandlung dar, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (körperliche Misshandlung i. S. v. § 223 I Alt. 1), und verursacht mit der Brandwunde zugleich einen pathologischen Zustand (Gesundheitsschädigung i. S. v. § 223 I Alt. 2).

Die brennende Zigarette ist zugleich ein in concreto gefährliches Werkzeug i. S. v. § 224 I Nr. 2, so dass R den obj. TB von §§ 223 I, 224 I Nr. 2 erfüllt hat.

**b) Subj.:** R hatte Vorsatz bzgl. der Körperverletzung und des Einsatzes der Zigarette als eines gefährlichen Werkzeuges.

#### 2. Rechtswidrigkeit:

R könnte durch Einwilligung des S, welche dieser als der Rechtsgutsträger jedenfalls konkludent durch Akzeptieren der „Mutprobe“ erklärt hat, gerechtfertigt sein. Fraglich ist jedoch angesichts seines Alters seine Einwilligungsfähigkeit; diese hängt von der

konkreten Einsichtsfähigkeit in Schwere und mögliche Folgen des Eingriffs ab, nicht dagegen von starren Altersgrenzen. Bei einem normal entwickelten 13-Jährigen könnte bzgl. der Brandwunde die Einsichtsfähigkeit wohl bejaht werden; zweifelhaft dürfte sie hingegen bzgl. der denkbaren Spätfolgen (Entzündung etc.) sein. Aber selbst wenn S die Einsichtsfähigkeit hatte, wäre die Körperverletzung gleichwohl gem. § 228 rechtswidrig (und die Einwilligung damit unwirksam), „wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“; dies lässt sich hier mit der Begründung bejahen, es handele sich bei dieser Form von Mutprobe um eine sinnlose Quälerei, die keinerlei Nutzen bringen konnte und deshalb gegen das Anstandsgefühl aller vernünftig und gerecht denkenden Menschen verstößt. Soweit die neuere Rspr. freilich allein auf die Gefährlichkeit der Verletzungshandlung abstellt und dabei den Maßstab der §§ 226, 227 StGB anlegt, ist die Sittenwidrigkeit fraglich. Je nach vertretener Position ist R durch die Einwilligung (nicht) gerechtfertigt.

### **3. Schuld:**

Entschuldigungsgründe sind nicht erkennbar. Die Strafbarkeit gem. § 223 I tritt hinter die speziellere aus § 224 I Nr. 2 zurück; damit sich R wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

## **III. Strafbarkeit des M gem. § 223 I**

Mit der Ohrfeige könnte sich M wegen Körperverletzung strafbar gemacht haben.

### **1. Tatbestand:**

**a) Obj.:** Die Ohrfeige stellt eine körperliche Misshandlung i. S. v. § 223 I Alt. 1 dar.

**b) Subj.:** Diesbzgl. handelte M auch vorsätzlich.

### **2. Rechtswidrigkeit:**

M könnte durch das – in seiner Anerkennung heute aber nicht mehr unumstrittene (vgl. o.) – elterliche Züchtigungsrecht gerechtfertigt sein. Dafür müsste ein hinreichender Züchtigungsanlass – ein konkretes Fehlverhalten des gezüchtigten S – vorliegen, der hier in dessen Einlassen auf die Mutprobe zu sehen ist. Die Züchtigung müsste weiterhin zur Erreichung des Erziehungszwecks – der Verhinderung solchen Fehlverhaltens in der Zukunft – nicht von vornherein unvertretbar scheinen. Da hier nicht erkennbar ist, dass solche Mutproben bereits früher vorgekommen und gleichfalls mit Züchtigungsmitteln erfolglos bekämpft worden sind, kann von einer solchen Prognose sicher nicht die Rede sein; es besteht umgekehrt durchaus die Chance, dass S aufgerüttelt wird und derartigen Unsinn in Zukunft unterlässt. Bei einer Ohrfeige handelt es sich auch nicht um ein entwürdigendes Züchtigungsmittel, welches schließlich auch im angemessenen Verhältnis zum Alter des Kindes steht. Dem subj. erforderlichen Erziehungswillen des M steht auch nicht entgegen, dass dieser nicht nur durch die Kenntnis vom Fehlverhalten des S und dem Wunsch zu dessen zukünftiger Verhinderung bewegt wird, sondern auch durch die eheliche Auseinandersetzung erregt ist, weil der Erziehungswille nicht das alleinige Motiv sein muss. Damit ist der M durch das elterliche Züchtigungsrecht gerechtfertigt (wenn man dieses noch anerkennt) und hat sich nicht wegen Körperverletzung strafbar gemacht.

## **IV. Strafbarkeit des M gem. § 239 I**

Mit dem Einsperren könnte sich M wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 strafbar gemacht haben.

### **1. Tatbestand:**

**a) Obj.:** Indem M den S einsperrt, beraubt er ihn für zwei Stunden seiner Fortbewegungsfreiheit.

**b) Subj.:** Diesbzgl. handelte M auch vorsätzlich.

**2. Rechtswidrigkeit:** Da das Einsperren weder gewalttätig noch entwürdigend ist, ist hier eine Rechtfertigung durch das elterliche Erziehungsrecht unstr. gegeben.

## Übungsfall

Frührentner F liegt mit seiner Ehefrau E im Bett und schläft. Mitten in der Nacht dringt völlig überraschend der erheblich angetrunkene Schwiegersohn S – der nicht mit E und F zusammen wohnt – in ihr Haus ein, stürmt in das Schlafzimmer, packt E und beschimpft sie. Trotz Beschwichtigungsversuchen des F gelingt es S, die sich heftig wehrende E an den Haaren und am Nachthemd zur Treppe zu ziehen; dort zerrt er sie nach und nach die Treppe herunter. F will E helfen. Da er sich wegen körperlicher Gebrechen zu einer tätlichen Auseinandersetzung mit S außer Stande sieht, holt er den in seinem Schreibtisch befindlichen, mit mehreren Patronen geladenen Revolver. Damit möchte F den S eigentlich nur bedrohen, um diesen zur Freilassung der E zu bewegen. Zu diesem Zweck eilt F zur Treppe, hält den Revolver in Richtung auf S und ruft diesem zu: „Lass` E los oder ich schieße“. Da S entgegen der Erwartung des F auf den Zuruf nicht reagiert – es lässt sich später nicht klären, ob S den Ruf tatsächlich verstanden hat oder nicht – und von E nicht abgelässt, bekommt F große Angst um das Leben der E und sieht seine einzige Chance, den S zum Loslassen der E zu bringen, in einem Schuss auf den Oberkörper von S. Er hält es dabei für möglich, dass er den S tödlich verletzen könnte, doch ist es ihm wichtiger, dass die Leiden der E so schnell wie möglich beendet werden. Daneben ist F aber seit längerem erzürnt über seinen Schweigersohn, der seine Ehefrau T, die Tochter von E und F, schon des öfteren misshandelt hat. Der Schuss verletzt S nicht tödlich, doch verstirbt S in der Folge an einer Wundinfektion im Krankenhaus.

Strafbarkeit des F nach den Tatbeständen des StGB?

## Rechtswidrigkeit IV

### A. Weitere Rechtfertigungsgründe (dazu *Kühl* AT 9/48 ff.)

**1. Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), §§ 677 ff. BGB**

**2. Selbsthilfe gegen verbotene Eigenmacht, §§ 229, 859 II BGB** (dazu BGH NStZ-RR 1999, 265 m. Bspr. Heger, JA 2000, 188 ff.):

**Sachverhalt:** *A hatte die K über eine Partnervermittlungsagentur in seine Wohnung bestellt. Als K die starke Verschmutzung und die Alkoholisierung des A bemerkte, beschloss sie, unverzüglich wieder zu gehen. Dies sagte sie A und bat ihn – wie in solchen Fällen üblich – um Bezahlung des Fahrgeldes iHv 100 DM. Damit war A zunächst einverstanden, verweigerte danach jedoch die Zahlung. Während eines Toilettenbesuchs des A nahm K daraufhin aus dessen auf einem Nachttisch liegenden Geldbeutel die ihr „zustehenden“ 100 DM. Dies bemerkte der zurückgekehrte A, geriet in Wut, nahm ein als Brieföffner dienendes Messer und verlangte unter Drohung mit dieser Rückgabe des Geldes. Nachdem K sich weigerte, folgte eine körperliche Auseinandersetzung, in der A versuchte, das Geld wieder zu erlangen. Dabei hielt er das Messer weiter in Händen. Im Verlauf des Handgemenges kam es zu oberflächlichen Schnittverletzungen der K. Dabei war sich A bewusst, dass K durch das Messer, obwohl er dieses nicht gezielt gegen sie einsetzte, nicht unerheblich verletzt werden könnte. Dies war ihm letztlich gleichgültig, weil es ihm nur auf die Rückerlangung des Geldes ankam. Strafbarkeit des A gem. §§ 223, 224 StGB?*

**3. Wahrnehmung berechtigter Interessen, § 193 StGB** (nach h. M. anwendbar nur im Rahmen der §§ 185, 186)

**4. Festnahmerecht, § 127 StPO** (Abs. 1 für jedermann, Abs. 2 für die Polizei): Dieses rechtfertigt auch die zur Festnahme erforderliche körperliche Gewaltanwendung, nicht aber darüber hinausgehende Handlungen wie z. B. den Schusswaffeneinsatz

**5. Behördliche Erlaubnis**

**6. Widerstandsrecht, Art. 20 IV GG** (§§ 32, 34 rechtfertigen nicht eine Verteidigung von Staatsgrundsätzen durch den Bürger; diese ist gerechtfertigt durch Art. 20 IV GG, aber der praktische Anwendungsbereich ist nahe Null; hist. Idee: Konzertierter Widerstand gegen den „Kapp-Putsch“ 1920 z.B. mittels politisch motiviertem [und deshalb eigentlich rechtswidrigen] Generalstreik in Verwaltung und Privatwirtschaft sollte als gerechtfertigt dargestellt werden [Streiks sind normalerweise nur als Mittel zur Aushandlung der Arbeitsbedingungen zulässig!])

**7. Grundrechte und EU-Grundfreiheiten?**

**8. Ziviler Ungehorsam?**

## B. Erlaubnistatumstandsirrturn

**Fall 5: Scheinangriff.** Die als streitbare Feministin im Ort allgemein bekannte F wird eines Nachts auf offener StraÙe von dem ihr fremden Mann (M) von hinten angetippt, der sie in bereits erheblich alkoholisiertem Zustand um eine Zigarette bitten will. F wittert einen Überfall (vor einem solchen war sie wegen ihres Engagements wiederholt gewarnt worden), holt daher rasch eine Sprühdose aus ihrer Tasche, dreht sich um und sprüht M das Reizgas direkt ins Gesicht. Dieser taumelt daraufhin und fällt auf die StraÙe. Sie bemerkt den Alkoholgeruch und gerät dadurch erst recht in Wut, weil sie kürzlich in einer Fernsehdebatte die Auffassung vertreten hatte, dass Männer durch Alkohol erst aggressiv würden. Da F denkt, als Angegriffene dürfe sie zur Verhinderung künftiger Attacken dem Angreifer noch einen Denkkzettel verpassen, tritt sie ihn noch fest in den Unterleib. Strafbar wegen §§ 223, 224 StGB?

### Irrtümer auf der Rechtfertigungsebene

1. **Erlaubnistatbestandsirrturn** (sprachlich klarer: „Erlaubnistatumstandsirrturn“ [ETI]; dazu vgl. *Kühl* AT 13/63 ff.; *Ebert* AT S. 156 ff.; lehrreich *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 739 ff. mit knapper, aber einprägsamer Unterscheidung der verschiedenen Theorien): Der Täter nimmt hier irrig das Vorliegen von Umständen an, die, wenn sie tatsächlich vorgelegen hätten, den Sachverhalt eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (zB §§ 32, 34, Einwilligung) erfüllt hätten. Die Behandlung dieses Irrtums ist umstr. Nach hM entfällt entweder analog § 16 I bereits der Vorsatz (eigentlich ein Aufbauproblem, weil man nach Erörterung der Rechtswidrigkeit zurück auf die Ebene der Tatbestandsmäßigkeit müsste!) bzw. zumindest die Vorsatzschuld (als Merkmal der Schuld nach Verneinung des Vorliegens einer objektiv rechtfertigenden Sachlage im Rahmen der Schuldprüfung zu erörtern!). Nach der sog. strengen Schuldtheorie soll hingegen nur § 17 analog anzuwenden sein. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen kommt dagegen sogar zu einer unmittelbaren Anwendung von § 16 I StGB, weil sie im Nichtvorliegen anerkannter Rechtfertigungsgründe Merkmale des (negativen) Tatbestandes erblickt (hier übersehen die Bearbeiter aber zumeist, dass sie bereits zuvor bei anderen Tatbeständen *nicht* das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen im Rahmen des obj. und subj. Tatbestandes – als neg. Tatbestandsmerkmale! – geprüft haben, so dass eine spätere Prüfung [und v. a. Bejahung] dieser Lehre im Rahmen der Prüfung eines ETI in Widerspruch zu früheren Feststellungen in der gleichen Klausur oder Hausarbeit geraten kann!).

Hinweis: In der Klausurpraxis empfiehlt es sich, erst – unbedingt im Rahmen der RW-Prüfung nach Verneinung des Vorliegens aller denkbaren anerkannten Rechtfertigungsgründe – festzustellen, ob die Fehlvorstellungen des Täters tatsächlich einen ETI begründen (und nicht zB bloß ein Erlaubnisirrturn vorliegt); dann und nur dann sollte man noch in der RW-Prüfungsebene klären, ob dieser zB analog § 16 das Unrecht entfallen lässt oder nicht; letzterenfalls kann und muss man die RW-Ebene

beschließen und in der Schuld prüfen, ob aufgrund dieses ETI nach Ihrer (Rechts-) Ansicht (!) die Schuld entfällt (vgl. *Kühl* AT 13/77).

2. **Umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum:** Hier kennt der Täter die objektiv bestehenden, seine Tat rechtfertigenden Umstände nicht; ihm fehlt das *subjektive Rechtfertigungselement*. Hier ist sowohl die Annahme eines vollendeten Delikts (mangels Rechtfertigung) als auch eines nur versuchten Delikts (da das Geschehen objektiv gerechtfertigt war, fehlt es am tatbestandlichen Erfolg analog §§ 22, 23) vertretbar. Überzeugender scheint letzteres, weil immerhin objektiv gar kein Unrecht vorliegt (vgl. *Ebert* AT S. 158 f.).
3. **Erlaubnisirrtum:** Hier nimmt der Täter entweder einen Rechtfertigungsgrund für sein Verhalten an, der in der Rechtsordnung gar nicht anerkannt ist, oder er überschreitet die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, weil er davon ausgeht, dieser lasse eine intensivere Verteidigung als erforderlich etc. zu. Ein solcher Irrtum wird wie ein Verbotsirrtum nach § 17 behandelt, so dass es für Straffreiheit auf die Unvermeidbarkeit des Irrtums ankommt (nur in seltenen Fällen anzunehmen!). Da es sich hier nur um die Frage fehlender Schuld handelt (der Täter begeht in jedem Fall vorsätzliches und rechtswidriges Unrecht!), sollte die Prüfung der Unvermeidbarkeit dieses Irrtums nicht im Rahmen der Rechtswidrigkeit, sondern erst bei der Schuld erfolgen.

### Lösungsskizze – Fall „Scheinangriff“

#### Strafbarkeit der F

##### I. Gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 (Reizgas)

Indem F dem M Reizgas in das Gesicht gesprüht hat, könnte sie sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestand

**a) Objektiv:** Das Sprühen des Reizgases in das Gesicht stellt eine üble, unangemessene Behandlung des M dar, die geeignet ist, dessen körperliches Wohlbefinden mehr als nur unerheblich zu beeinträchtigen; damit handelt es sich um eine körperliche Misshandlung i. S. v. § 223 I Alt. 1. Mangels näherer Angaben hierzu im SV ist dagegen eine Gesundheitsschädigung nicht anzunehmen. Diese Körperverletzung begeht sie auch mittels eines gefährlichen Werkzeuges i. S. v. § 224 I Nr. 2, weil das Sprühen des Gases in das Gesicht geeignet ist, nicht unerhebliche Verletzungen z. B. an den Augen hervorzurufen.

**b) Subjektiv:** F hatte bzgl. dieser körperlichen Misshandlung des M mittels eines gefährlichen Werkzeuges auch Vorsatz.

##### 2. Rechtswidrigkeit

F könnte durch Notwehr i.S.v. § 32 gerechtfertigt sein. Dafür müsste sie sich in einer Notwehrlage befunden haben; da hier aber objektiv gar kein Angriff des M auf sie vorliegt, scheidet eine solche aus. Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, doch fragt sich, ob ihre Fehlvorstellung hinsichtlich eines Angriffs des M bereits

das Unrecht ihrer Verteidigungshandlung entfallen lassen könnte. Die Behandlung eines Erlaubnistatumstandsirrtums (ETI) ist umstritten. Mit einer Ansicht ist § 16 I analog auch auf Erlaubnissätze (= Rechtfertigungsgründe) anzuwenden, weil letztlich in beiden Konstellationen der Täter aus seiner Sicht irrig Voraussetzungen annimmt, die – würden sie tatsächlich vorliegen – ihm gegenüber einen Unrechtsvorwurf entfallen ließen. Nach anderer Ansicht entfällt dagegen bei Erlaubnistatumstandsirrtum nur die Vorsatzschuld, so dass der Täter zwar Unrecht begeht, dabei aber nicht schuldhaft handelt. Eine dritte Ansicht verneint eine Strafbarkeit bei Vorliegen eines ETI schließlich nur bei dessen Unvermeidbarkeit i.S.v. § 17 S. 1. Voraussetzung eines ETI ist aber immer, dass der Täter sich aufgrund seiner Fehlvorstellung im Rahmen des vom jeweiligen Rechtfertigungsgrund – hier: Notwehr – Erlaubten bewegt hat; F hatte sich einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff des M vorgestellt und unterliegt daher bei ihrem Handeln nur dann einem ETI, wenn sie auf diesen vorgestellten Angriff mit dem dafür mildesten geeigneten Mittel geantwortet hat. Ihre Reizgasattacke ist zur Abwehr des (vorgestellten) Angriffs geeignet; milder könnte eine körperliche Verteidigung sein, doch ist diese gegenüber einem wohl kaum schwächeren Mann zumindest nicht gleich gut zur möglichst sicheren Verteidigung geeignet. Das (vorgestellte) Notwehrrecht könnte hier wegen der erkennbaren Alkoholisierung des M eingeschränkt sein, doch bekommt diese die F bei einem (vorgestellten) Angriff von hinten erst nach ihrer Verteidigung mit, so dass sie die nach ihrer Vorstellung bestehenden Grenzen der „Notwehr“ eingehalten hat und sich damit in einem ETI befunden hat. Je nach Ansicht ist sie damit gerechtfertigt, entschuldigt oder es kommt auf die Vermeidbarkeit des Irrtums an (angesichts der Warnungen und der bei einem tatsächlichen Angriff nur sehr kurzen Reaktionszeit dürfte hier aber der Irrtum ausnahmsweise unvermeidbar sein).

## **II. Gem. § 223 I Alt. 1 (Fußtritt)**

Indem F den M auch noch getreten hat, könnte sie sich wegen Körperverletzung strafbar gemacht haben.

### *1. Tatbestand*

**a) Objektiv:** Ein Fußtritt in den Unterleib stellt eine körperliche Misshandlung i. S. v. § 223 I Alt. 1 dar.

**b) Subjektiv:** F hatte diesbzgl. auch Vorsatz.

### *2. Rechtswidrigkeit*

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, doch könnte das Unrecht ihrer Tathandlung entfallen, wenn sie sich in einem ETI befunden hat. Hier irrt sie sich aber nicht über das Vorliegen eines gegenwärtigen Angriffs, denn nach ihrer Vorstellung ist dieser mit der Sprühattacke bereits abgewehrt und mithin nicht mehr gegenwärtig. Damit liegt kein ETI in Bezug auf Notwehr vor. Da sie aber auch nicht davon ausgeht, dass von M eine zukünftige (Dauer-)Gefahr ausgeht, unterliegt sie auch keinem ETI in Bezug auf § 34.

### 3. Schuld

Denkbar wäre die Annahme eines Putativnotwehrexzesses als Irrtum über den Entschuldigungsgrund des § 33. Da § 33 aber nach hM nur den intensiven Notwehrexzess erfasst – die zu harte Verteidigung während bestehender Notwehrlage – hier aber in der (Fehl-) Vorstellung der F der Angriff schon gar nicht mehr gegenwärtig war, liegt ein solcher Irrtum, dessen rechtliche Behandlung umstritten wäre, nicht vor. Die F bildet sich zusätzlich zu der o. g. Fehlvorstellung bzgl. des Angriffs noch ein gegenüber der Rechtslage erweitertes Verteidigungsrecht ein, das in der Rechtsordnung aber so nicht anerkannt ist. Damit handelt es sich um einen Erlaubnisirrtum, der gem. § 17 S. 1 nur ausnahmsweise bei Unvermeidbarkeit entschuldigt. Bei gehöriger Gewissensanspannung hätte F aber wohl erkennen können, dass ein so weit gehendes Recht, das nicht mehr dem Schutz gefährdeter Rechtsgüter, sondern vielmehr der Abreagierung dient, in einer Rechtsordnung nicht anerkannt sein kann. Damit handelte sie schuldhaft und hat sich gem. § 223 I Alt. 1 strafbar gemacht; jedoch kann die Strafe gem. § 17 S. 2 gemildert werden.

## **Schuld**

**Fall 1:** *Vollrausch* – BGHSt 21, 381 (dazu *Eser/Burkhardt* StrafR I<sup>4</sup> Fall 17): A, B und C beschlossen auf einer gemeinsamen Spazierfahrt, in das Haus ihres Bekannten D einzubrechen und dort wertvollere Sachen mitzunehmen. Vor der Tatausführung setzten sie sich noch in ein Gasthaus, um dort ihren Durst mit einem Bier zu löschen. Dabei blieb es aber nicht. Sie tranken große Mengen Bier und Schnaps, so dass sie als sie schließlich – wie geplant – in die Wohnung des D eindrangen und daraus einige Sache mitnahmen, sich in einem schuldunfähigen Zustand befanden. Kann man sie trotzdem wegen §§ 242, 244 I Nr. 3 bestrafen?

**Fall 2:** BGHSt 42, 235 (allgemein zur a.l.i.c. *Kühl* AT 11/6 ff.): A, bereits mehrfach wegen Trunkenheit am Steuer verurteilt, fährt mit seinem Pkw zu einem Gasthaus, um dort eine Übernachtungsgelegenheit zu finden. Als man ihm mitteilt, dass bereits alle Zimmer belegt sind, setzt er sich frustriert an die Bar und trinkt fünf Liter Bier sowie erhebliche Mengen Schnaps. In diesem Zustand setzt er sich wieder ans Steuer, um nun eine Bleibe zu finden. An einer Kreuzung übersieht er einen den Verkehr regelnden Polizisten, den er mit seinem Pkw erfasst und tödlich verletzt. Eine Blutprobe ergibt eine BAK von 2 Promille; wegen seines Gesamtzustandes kann ein Gerichtsmediziner nicht ausschließen, dass er z. Z. des Unglücks schuldunfähig war. Hat sich A wegen § 222 und §§ 315c I, 316 I strafbar gemacht?

**Fall 3:** *Rotlicht* – BGHSt 39, 133 (ausführliche Bspr. dazu v. *Müller-Christmann*, JuS 1994, 649 ff; außerdem Anm. v. *Roxin*, NStZ 1993, 335 f., *Arzt*, JZ 1994, 314 ff., *Lesch*, StV 1993, 578 ff.): A und B haben ein Bordell eingerichtet. Diesem will eine Gruppe Rechtsextremisten um R ein Ende setzen. Sie beschlossen, das Bordell am 31.10. um 24 Uhr zu stürmen; dabei soll die Einrichtung zerstört und gegen sich wehende Personen Gewalt angewandt werden. A und B erfuhren von diesem Plan durch T, einen der Rechtsextremisten, der sie am Vormittag mit den Worten „den heutigen Tagen überlebt euer Sündenpfehl nicht“ begrüßt hatte. A und B wollten sich selbst helfen und die Polizei „raushalten“, um den Angreifern zu zeigen, dass sie sich auch durch Gewalt nicht beeindrucken lassen. Daher bewaffneten sie sich, A mit einer Schrotflinte und B mit einer Reizstoffsprühdose. Die späteren Ereignisse wären durch rechtzeitige Information der Polizei zu verhindern gewesen. Gegen 23.30 Uhr bemerkten A und B 150 m von ihrem Bordell entfernt eine Ansammlung von 30 bis 50 mit Baseballschlägern und Gummiknüppeln bewaffneten jungen Leuten. Um ihnen klar zu machen, dass sie keine Chance hätten, fuhren A und B ihnen mit dem Pkw entgegen, A stieg aus und richtete die Waffe im Halbkreis schwenkend auf die Rechtsextremisten. Diese liefen daraufhin auseinander. A ging wieder zu dem Pkw, in dem B noch saß. Plötzlich kam R mit provozierender Langsamkeit auf A zu. Als A seine Waffe auf ihn richtete, rief R: „Schieß doch, du traust dich ja doch nicht!“ A war erschrocken über die plötzliche Wendung des Geschehens und ging, die Waffe im Anschlag, rückwärts auf den Pkw zu. Er saß schon halb auf dem Beifahrersitz, als R sich ihm bis auf 1 m genähert hatte und mit einer Hand die Beifahrertür festhielt. In der anderen Hand hielt er ein Messer. Die anderen Rechtsextremisten kamen aus der Deckung bis auf 6 m an den Pkw heran. B sprühte mit Reizgas durch die offene Beifahrertür auf R, um den offensichtlich bevorstehenden Angriff abzuwehren. R wandte seinen Kopf nach rechts ab. Daraufhin schoss A aus einer Entfernung von

0,5 m auf den Kopf von R, dessen Tod, der dadurch verursacht worden war, er billigend in Kauf genommen hatte. R hätte auch auf den Oberarm von R schießen können, wollte aber in seiner Angst ganz sicher gehen. Vorher hatten A und B vereinbart, die Schusswaffe nur in höchster Not einzusetzen. Strafbarkeit von A wegen § 212 I StGB?

**Fall 4: Zeugeneinschüchterung** (nach *Wessels/Beulke/Satzger* AT<sup>45</sup> Rdnr. 604 [in der aktuellen 48. Aufl. ist ein anderer Fall enthalten; vgl. auch *RGSt* 66, 222 m. Bspr. *Eser/Burkhardt* StrafR I<sup>4</sup> Fall 18 und allgem. *Kühl* AT 8/127 ff.): Beim Verlassen einer Gaststätte versetzt der als Anführer einer „Rockerbande“ berüchtigte A dem ahnungslosen Gast G einen Stoß in den Rücken. G stürzt die Treppe hinab und erleidet eine schwere Gehirnerschütterung, so dass er sich später an den Tathergang nicht mehr erinnern kann. In dem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren bestreitet A, den G angegriffen zu haben. Kellner K, der den Vorfall genau beobachtet hatte, sagt in der Hauptverhandlung als Zeuge aus, A habe den G nicht angestoßen; G sei vielmehr auf der Treppe ausgeglitten und dadurch zu Fall gekommen. K beschwört diese bewusst wahrheitswidrige Aussage, weil ihm vor dem Termin angedroht worden ist, die Rocker würden ihn „zum Krüppel schlagen, wenn er den A auch nur im geringsten belaste“. Aufgrund der Aussage wird A freigesprochen. Hat sich K strafbar gemacht?

**Fall 5: Verbotsirrtum** – *BGHSt* 2, 194 (dazu *Eser/Burkhardt* StrafR<sup>4</sup> I Fall 14; zur Geschichte des Verbotsirrtums *Heger*, Ad legendum 2011, 398 ff.): Rechtsanwalt R verteidigt A in einem Strafverfahren, ohne mit diesem zunächst ein Honorar vereinbart zu haben. Am 1. Verhandlungstag verlangt er in einer Verhandlungspause unverzügliche Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 50 DM, anderenfalls werde er sein Mandat niederlegen. A ließ sich das Geld und brachte es am nächsten Tag zu R in die Kanzlei. R verlangte unter Wiederholung seiner Drohung, dass A auch einen Honorarschein über 400 DM unterzeichne. Strafbarkeit von R, der glaubte, zu solchem Vorgehen gegen A berechtigt zu sein?

Hinweis: Bis 1975 gab es noch keine Regelung des Verbotsirrtums im StGB (heute § 17); traditionell galt in Bezug auf die Kenntnis vom Inhalt einer Strafnorm das Rechtssprichwort: „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“ („error iuris criminalis nocet“), weshalb sog. Rechtsirrtümer über Inhalt und Anwendungsbereich einer Norm des StGB – hier des § 240 – eigentlich einer Strafbarkeit (auch bei Unvermeidbarkeit, vgl. heute § 17 S. 1) nicht entgegenstehen konnten; diese tradierte Rspr., die bis heute in vielen Ländern und auch im Völkerstrafrecht zur Anwendung kommt, wurde im vorliegenden Fall vom Großen Senat des BGH in Strafsachen auf den Prüfstand gestellt und letztlich – praeter legem (d.h. ohne gesetzliche Grundlage) – zugunsten einer dem heutigen § 17 inhaltlich entsprechenden Regelung aufgegeben.

## Grundüberlegungen zu Schuld und Schuldprinzip im Strafrecht

„**Keine Strafe ohne Schuld!**“ („**nulla poena sine culpa**“) – Verhängt werden dürfen aber – bei Vorliegen einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Tat – Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff.). Auch wenn das Schuldprinzip nicht ausdrücklich im GG verankert ist (anders als z.B. in der ital. Verfassung) und auch – anders als das Gesetzlichkeitsprinzip (§ 1 StGB) – nicht im StGB besonders hervorgehoben wird, liegt es doch dem gesamten deutschen Strafrecht spätestens seit Gründung der Bundesrepublik zugrunde; das äußerte sich in frühen Grundsatzentscheidungen des BGH (1952: Anerkennung eines ausnahmsweise entschuldigenden Verbotsirrtums *prater legem* in BGHSt 2, 194 = Fall 4, seit 1975 § 17) wie ersten Gesetzesreformen (1953: Beschränkung der Erfolgsqualifikationen auf mind. fahrlässig bewirkte schwere Folgen, heute § 18). Auch das BVerfG hat bereits in früheren Entscheidungen das Schuldprinzip als Grundpfeiler des deutschen Strafrechts auch aus Verfassungssicht eingestuft; ganz deutlich zum Ausdruck gebracht hat es dies erneut in seiner Grundsatzentscheidung zum Vertrag von Lissabon (2009). Danach ist das Schuldprinzip sogar von Verfassungswegen *das* Grundprinzip des deutschen Strafrechts.

Daher setzt eine Strafbarkeit stets persönliche Vorwerfbarkeit des zugrunde liegenden Verhaltens voraus (d.h. mind. Fahrlässigkeit). Eine Strafhaftung allein für unglücklichen Zufall kennt das deutsche Strafrecht ebenso wenig wie eine Strafbarkeit von Schuldunfähigen. Deswegen wäre es in Deutschland etwa ausgeschlossen, nach englischem Vorbild sog. *strict-liability-Delikte* zu etablieren, bei denen einzelne Merkmale des Tatbestandes nicht einmal fahrlässig verwirklicht werden (etwas problematisch sind in diesem Zusammenhang aber sog. *obj. Bedingungen der Strafbarkeit* [§§ 184j, 186, 231, 323a], bei denen der Eintritt der Bedingung [zB der schweren Folge in § 231] nicht einmal auf Fahrlässigkeit beruht – deren Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip wird von der ganz h.M. aber gleichwohl bejaht, weil bereits das den *obj. Tatbestand* ausmachende Verhalten – zB die Beteiligung an einer Schlägerei – für sich schuldhaft und strafwürdig ist, so dass die zusätzlich geforderte *obj. Bedingung der Strafbarkeit* letztlich nur den Anwendungsbereich einer mit dem Schuldprinzip vereinbaren Strafnorm zugunsten des Täters einschränkt).

Schuld i. S. persönlicher Vorwerfbarkeit kann überdies nur natürlichen Personen vorgeworfen werden; ginge es demgegenüber – wie bei der Schuld als Haftungsvoraussetzung im Zivilrecht – lediglich um eine normative Zurechnung der Vorwerfbarkeit, könnte schuldhaft auch ein Unternehmen handeln.

### Aufbau – Schuld

1. **Schuldfähigkeit:** Diese fehlt bei unter 14-jährigen **Kindern** (§ 19 StGB; bei 14- bis 17-Jährigen [**Jugendlichen**] findet obligatorisch, bei 18- bis 21-Jährigen [**Heranwachsenden**] zumeist Jugendstrafrecht Anwendung, vgl. §§ 1, 3 ff., 105 JGG) und bei wegen geistigen oder seelischen Störungen Schuldunfähigen (§ 20 StGB – Merke: § 21 StGB ist kein Schuldausschließungs- sondern nur ein fakultativer [„kann“] Strafmilderungsgrund; praktisch in Betracht kommt dies z. B. bei einer Blutalkoholkonzentration [BAK] ab 2,0 bis 2,5 Promille). Im Fall rauschbedingter Schuldunfähigkeit i. S. v. § 20 (dafür gibt es zwar keine konkreten Promille-Grenzen, doch liegt nach der Rspr. bei einer BAK von 3,0 bis 3,3 Promille Schuldunfähigkeit nahe; für andere Drogen gibt es keine solchen Grenzwerte) bleibt zuerst jedoch eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen der **actio libera in causa** (a.l.i.c.; dazu *Kühl* AT 11/6 ff.) zu prüfen, sodann der Tatbestand des Vollrausches gem. § 323a! – **Merke:** Strafmilderungsgründe sind – wie alle anderen

Strafzumessungserwägungen – im strafrechtlichen Gutachten nur ausnahmsweise, und dann in einem Punkt 4 im Anschluss an die (festgestellte) Schuld des Täters zu prüfen!

2. **Spezielle Schuldmerkmale:** Solche sind nur ausnahmsweise – wenn sie im jeweiligen Tatbestand einer Strafnorm enthalten sind – zu prüfen. Manche zählen dazu z.B. einzelne Mordmerkmale.
3. **Unrechtsbewusstsein i.w.S. (persönliche Vorwerfbarkeit):**
  - a) **Schuldform: Vorsatz.** Der Vorsatz hat nach heute h.M. eine Doppelfunktion. Zum einen ist er Element des subj. Tatbestandes; zum anderen kennzeichnet er im Rahmen der Prüfung der Schuld die Gesinnung des Täters. Der Täter handelt danach mit der erforderlichen Vorsatzschuld, wenn er eine vorsätzlich-fehlerhafte Einstellung zu den Verhaltensanforderungen der Rechtsordnung zeigt, insbes. wenn er diesen feindlich oder gleichgültig gegenübersteht. Daran fehlt es z.B. in Fällen (entschuldigter) Putativnotwehr, weil diese zwar eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat voraussetzt, bei der sich der Täter aber irrig angegriffen und damit in eine Notwehrlage versetzt sieht, so dass ihm persönlich das Bewusstsein fehlt, gegen die Rechtsordnung zu verstoßen (möglich bleibt analog § 16 I 2 StGB eine Bestrafung wegen §§ 222, 229, wenn ihm die Fehleinschätzung fahrlässig unterlaufen ist). Nach aM soll in Fällen eines Irrtums über das Vorliegen der Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes bereits analog § 16 I 1 der (Unrechts-) Vorsatz entfallen (vgl. ETI).
  - b) **Unrechtsbewusstsein (i. e. S.):** Grundsätzlich muss der Täter entweder die Einsicht haben, sein Verhalten sei irgendwie rechtlich verboten (**aktuelles Unrechtsbewusstsein**) oder aber es müsste ihm mit zumutbarem Einsatz seiner Erkenntniskräfte und Wertvorstellungen diese Einsicht zumindest möglich gewesen sein (**potenzielles Unrechtsbewusstsein**). Solches kann fraglich sein, wenn der Täter sich im Verbotsirrtum (§ 17 StGB) befunden hat oder irrtümlich sein Verhalten für gerechtfertigt gehalten hat, obwohl er nicht von Umständen ausgegangen ist, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund abgegeben hätten, wenn sie tatsächlich vorgelegen hätten (**Erlaubnisirrtum**; er hat quasi einen nicht existenten Rechtfertigungsgrund angenommen; häufiger ist, dass er die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes zu weit zieht [zB der Täter meint, er dürfe sich in einer Notwehrlage mit jedem Mittel verteidigen, nicht nur mit dem erforderlichen]). – **Merke:** § 17 entschuldigt nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums; nur dann hat sich der Täter nicht strafbar gemacht! Daran sind grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen: Der Täter muss seine ganzen Geisteskräfte aufwenden und im Zweifel – wenn ihm das in der konkreten Situation möglich ist – Rechtsrat einholen.
4. **Entschuldigungsgründe:** Diese lassen bei entstandener Schuld den Schuldvorwurf wieder entfallen. Bei ihnen liegt regelmäßig der Schwerpunkt der Schuldprüfung im strafrechtlichen Gutachten; bei Anhaltspunkten im Sachverhalt (zB wenn die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes [zB §§ 32, 34] überschritten worden sind) ist ihr Vorliegen genauso umfangreich wie das eines Rechtfertigungsgrundes zu prüfen. – Greift dagegen irgendein Rechtfertigungsgrund ein, ist eine zusätzliche Prüfung der Schuld unzulässig; weil gar kein strafrechtliches Unrecht vorliegt, kommt es auf das Eingreifen von Entschuldigungsgründen nicht an, so dass diese nicht mehr geprüft werden dürfen.

#### Beispiele:

- a) **Entschuldigender Notstand, § 35 I** (allgem. dazu *Kühl* AT 12/13 ff.): Grundsätzlich gilt das gleiche Prüfungsschema wie beim rechtfertigenden Notstand nach § 34. **Unterschiede:** *Notstandsfähig* i. S. d. § 35 I sind *nur Leib, Leben*

*und Freiheit* (nur körperliche Fortbewegungsfreiheit i. S. v. § 239 I StGB, nicht [auch] allgem. Handlungsfreiheit), nicht alle anderen von § 34 erfassten Individualrechtsgüter; die Gefahr muss dem *Täter oder einer ihm nahestehenden Person* drohen, nicht nur irgendeinem Menschen (§ 34: „sich oder einem anderen“); schließlich scheidet Entschuldigung und damit Straffreiheit nach § 35 I 2 bei Selbstverursachung der Gefahr aus, während diese an einer Rechtfertigung durch § 34 nichts ändert (vgl. § 228 S. 2 BGB: Nur Schadensersatzansprüche gegen den rechtmäßig [!] notstandsübenden Gefahrverursacher). Dafür findet aber bei § 35 I *keine umfassende Güter- und Interessenabwägung* statt (der Wortlaut verlangt *kein Überwiegen* des geschützten gegenüber dem verletzten Rechtsgut). Ein Unterfall von § 35 I ist der sog. **Nötigungsnotstand** (so hM [zB *Kühl* AT 8/127 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 697]; nach aM soll in bestimmten Fällen [wenn die Gefahr für den Genötigten den Schaden beim Angegriffenen wesentlich überwiegt] auch § 34 als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommen. – Problem ist dann aber der Ausschluss von Notwehr des Angegriffenen gegen das dem Angreifer abgenötigte Verhalten, während nach hM das Notwehrrecht allenfalls nach den Grundsätzen über sozial-ethische Einschränkungen [wenn der Angegriffene sich gegen einen – wegen der Nötigungssituation – erkennbar schuldlos Handelnden zur Wehr setzt] desselben begrenzt sein kann). – In **§ 35 II** ist ein **Irrtum** über die tatsächlichen Voraussetzungen (nur) des Entschuldigungsgrundes des § 35 I geregelt (kein Erlaubnisirrtum!); dieser entschuldigt bei Unvermeidbarkeit (§ 17 ist insofern enger, als hier die Unvermeidbarkeit nur als Ausnahme eingestuft ist).

- b) **Übergesetzlicher entschuldigender Notstand** (vgl. dazu *Kühl* AT 12/92 ff.): Dieser wird in den letzten Jahren immer wider diskutiert für den Fall des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges (dazu jüngst *Jakobs*, FS Krey, 2010, S. .
- c) **Entschuldigende Gewissensnot** (Art. 4 I GG; vgl. *Kühl* AT 12/109 ff.)
- d) **Notwehrexzess, § 33** (vgl. *Kühl* AT 12/126 ff.): Erfasst ist nach hM nur der **intensive Notwehrexzess** (ein zu hartes Verteidigungsmittel – allerdings soll es nach hM nicht darauf ankommen, ob die Überschreitung bewusst oder unbewusst erfolgt ist [eine Mindermeinung nimmt § 33 nur im letzteren Fall an]), **nicht auch der extensive** (Überschreiten der zeitlichen Grenzen für eine Verteidigung [aM für den nachzeitigen Notwehrexzess z.B. *Trüg/Wentzell* Jura 2001, 30 ff.]). Außerdem greift § 33 StGB nur ein, wenn der Täter in einem **asthenischen Affekt** der Schwäche („Furcht, Verwirrung oder Schrecken“) gehandelt hat, nicht hingegen bei einem **sthenischen Affekt** der Stärke (zB Wut, Rache, Zorn, Vergeltung). – **Aufbau**: (1) Objektiv muss eine Notwehrlage vorliegen, (2) bei deren Beseitigung muss der Angegriffene das Maß zulässiger Verteidigung überschritten haben, (3) was aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken geschehen sein muss. Eine (ungeschriebene) Einschränkung des § 33 mit der Folge, dass trotz Vorliegens der Voraussetzungen (1) bis (3) keine Entschuldigung eintritt, kann darin liegen, dass sich der Angegriffene **schuldhaft in die Risikosituation** begeben hat (vgl. *BGHSt* 39, 133 = Fall 3: Wer quasi in den Krieg gegen seinen Angreifer zieht [unter bewusster Ausschaltung der Polizei], dem soll § 33 für spätere Taten keine Entschuldigung bieten). – Zum **Putativnotwehrexzess**, bei dem es objektiv an einer Notwehrlage fehlt und der Täter sich gegen den bloß eingebildeten Angriff mit einem schwererem als dem nach seiner Fehlvorstellung erforderlichen Mittel „verteidigt“ vgl. *Kühl* AT 12/155 ff.
- e) **Unverbindliche dienstliche Weisung** (vgl. *Kühl* AT 12/159). Zur rechtswidrigen verbindlichen Weisung, deren Einstufung als Rechtfertigungs- oder Ent-

schuldigungsgrund streitig ist, vgl. *Kühl* AT 9/118a ff. (hier für Rechtfertigungsgrund, vgl. Rn. 118d).

## Lösungsskizzen

### Fall 1:

#### I. Strafbarkeit von A, B und C gem. §§ 242, 244 I Nr. 3, 25 II

##### 1. Tatbestand

**a) Objektiv:** A, B und C haben fremde bewegliche Sachen weggenommen und sind dazu in eine Wohnung i. S. v. § 244 I Nr. 3 eingestiegen.

**b) Subjektiv:** A, B und C hatten zur Zeit der Wegnahme diesbzgl. Vorsatz und Zueignungsabsicht.

##### 2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

##### 3. Schuld

A, B und C sind alkoholbedingt schuldunfähig i. S. v. § 20, so dass eigentlich eine Strafbarkeit wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls ausscheidet. Nach dem Ausnahmemodell im Rahmen der alic könnte allerdings bei – wie hier: bedingt – vorsätzlicher Berausung unter billiger Inkaufnahme der Begehung der Straftat in schuldunfähigem Zustand § 20 eingeschränkt sein und deswegen nicht eingreifen. Dagegen besteht m. E. aber der durchgreifende Einwand, dass Art. 103 II GG bei Überschreitung des Wortlauts einer Strafnorm zu Lasten des Täters verletzt ist und dies auch bei Einschränkungen von ihm begünstigenden Normen (z. B. § 20) gelten muss. Das Ausnahmemodell ist damit nicht vereinbar.

#### II. Strafbarkeit von A, B und C gem. §§ 242, 244 I Nr. 3, 25 II i. V. m. alic

##### 1. Tatbestand

**a) Objektiv:** Bzgl. §§ 242, 244 s. o. Nach dem Tatbestandsmodell bei der alic kann bei vorsätzlicher Berausung und Vorsatz bzgl. der Tat als erste Tatbestandshandlung auch bereits das Betrinken angesehen werden; das geht aber nur, wenn die Tatbestandsumschreibung eine solche Erweiterung zulässt (z. B. bei i. d. R. Erfolgsdelikten; die Tötung beginnt dann z. B. eben bereits mit dem Trinken und dem anschließenden Messerstich), nicht dagegen wenn ein bestimmtes Verhalten (z. B. das Führen eines Fahrzeuges als solches bei § 316) tatbestandsmäßig ist, denn dieses kann nicht mit dem Betrinken beginnen. Diese Tatbestandserstreckung bereits auf die Vorphase der eigentlichen Tatbestandsausführung ist zwar problematisch, weil sie der anerkannten Abgrenzung des Tatbestandes vom straflosen Vorverhalten widerspricht, steht aber Art. 103 II GG nicht entgegen und ist m. E. daher gegenüber dem Ausnahmemodell vorzugswürdig (vertretbar aber beides und auch die generelle Verwerfung der nicht kodifizierten, den Täter belastenden alic als Rechtsfigur).

**b) Subjektiv:** Vorsatz bzgl. §§ 242, 244 inkl. Zueignungsabsicht s. o. Dazu kommen muss Vorsatz bzgl. Berauschen und Vorsatz bzgl. des Diebstahls bereits z. Z. des Berauschens (hier beides gegeben, sonst muss vorsätzlich alic ausscheiden).

## 2. Rechtswidrigkeit (s.o.)

### 3. Schuld

Mit der Vorverlagerung des Tatbestandsbeginns auf das Betrinken ist die Schuldfähigkeit bereits zu diesem Zeitpunkt ausreichend, die hier gegeben ist, so dass sich A, B und C gem. §§ 242, 244 I Nr. 3, 25 II i. V. m. alic strafbar gemacht haben.

## Fall 3: Strafbarkeit von A gem. § 212 I

### 1. Tatbestand

**a) Objektiv:** A hat mit seinem Schuss kausal und obj. zurechenbar den Tod des R verursacht.

**b) Subjektiv:** Er handelte mit bedingtem Tötungsvorsatz.

### 2. Rechtswidrigkeit

A könnte jedoch durch Notwehr (§ 32) gerechtfertigt sein. Ein Angriff von R und seiner Bande auf Leib, Leben und Eigentum von A und B dürfte unmittelbar bevorstehen und damit bereits gegenwärtig sein; mangels Recht hierzu ist dieser auch rechtswidrig, so dass sich A in einer Notwehrlage befand.

Der Schuss als Notwehrhandlung ist auch ein geeignetes Abwehrmittel, doch ist fraglich ob er erforderlich ist. Vor dem Einsatz von Schusswaffen sind diese grundsätzlich anzudrohen – was hier geschehen ist – und wenn möglich ist ein Warnschuss abzugeben; ein solcher scheint angesichts der Nähe von R (50 cm) kaum noch sinnvoll und ist insofern riskant für A, als er damit zwar seine Drohung in der Ernsthaftigkeit untermauert, zugleich aber für die Zeit des Warnschusses selbst dem Risiko eines Angriffs des R ausgesetzt ist. Der Reizgaseinsatz blieb bereits erfolglos und ist deswegen kein geeignetes Abwehrmittel. Ist demnach der Schuss auf A zur Angriffsabwehr das einzige geeignete Mittel, muss dieser doch möglichst auf harmloserer Körperregionen gerichtet sein; ein Schuss auf den Kopf ist daher nicht das mildeste geeignete Mittel, weil er zur Abwehr körperlicher Angriffe auch auf den Arm hätte schießen können.

### 3. Schuld

Allerdings könnte A durch § 33 entschuldigt sein. Dafür müsste es sich nach h. M. um einen intensiven Notwehrexzess, eine zu scharfe Verteidigung innerhalb einer Notwehrlage, gehandelt haben, was hier – wie gezeigt – der Fall ist. Zusätzlich müsste diese Überschreitung der Notwehr durch Verwirrung, Furcht oder schrecken, also einen asthenischen Affekt der Schwäche, hervorgerufen sein, was hier ebenfalls zutrifft. In seiner umstr. Entscheidung lehnt der BGH für den vorliegenden Fall gleichwohl eine Entschuldigung über § 33 ab und bejaht damit eine Strafbarkeit gem. § 212 I, weil A und B unter bewusster Ausschaltung der Polizei als der für die Gefahrabwehr von Staats wegen zuständigen Stelle quasi in einen Privatkrieg gegen die Rechtsextremisten gezogen seien. In dieser Situation dürften sie – natürlich – Notwehr i. S. v. § 32 üben, doch müssten sie das Risiko einer Strafbarkeit wegen der Überschreitungen tragen, so dass der Entschuldigungsgrund des § 33 ausnahmsweise keine Anwendung finden kann. Dagegen wird eingewandt, dass diese Einschränkung zu Lasten des (nicht entschuldigten) Täters keine Stütze im Wortlaut von § 33 finde und deshalb gegen Art. 103 II GG und § 1 StGB verstoße; beide Positionen erscheinen hier gut vertretbar, so dass je nach Ansicht eine Strafbarkeit des A gem. § 212 I gegeben ist oder wegen § 33 ausscheidet.

## Fall 4: Strafbarkeit des K gem. §§ 153, 154

### 1. Tatbestand

**a) Objektiv:** K hat eine falsche Aussage vor Gericht – einer hierfür zuständigen Stelle – gemacht und beeidet und damit einen Meineid geschworen.

**b) Subjektiv:** K kannte die Falschheit seiner Aussage und handelte damit vorsätzlich.

### 2. Rechtswidrigkeit

K könnte durch Notstand (§ 34) gerechtfertigt sein. Ihm droht eine Leibesgefahr, gegen die er sich mit dem mildesten geeigneten Mittel verteidigt haben muss. Die Falschaussage ist zur Abwehr der Ruckerdrohung geeignet, jedoch könnte eine – gem. §§ 52 ff. StPO unberechtigte – Aussageverweigerung das mildere Mittel gegenüber der Falschaussage sein. Problematisch ist aber, ob K die zur Erzwungung einer Aussage zulässigen Zwangsmittel (v. a. Beugehaft bis zu 6 Monaten) zumutbar sind; allerdings könnte dies dahin stehen, wenn die Aussageverweigerung gegenüber der Falschaussage nicht gleich geeignet zur Gefahrenabwehr gewesen wäre, was hier schon deswegen nahe liegt, weil eine offenkundig unberechtigte und zugleich unbegründet bleibende Aussageverweigerung kaum als „nicht im geringsten belastend“ anzusehen sein dürfte. Weil daher zur Gefahrenabwehr nur eine Falschaussage geeignet ist, müsste die Güter- und Interessenabwägung ein wesentliches Überwiegen des Interesses des K an seiner körperlichen Integrität gegenüber der staatlichen Strafrechtspflege begründen. Dagegen besteht der durchgreifende Einwand, dass sich K mit seinem Verhalten – wenngleich abgenötigt – auf die Seite des Unrechts stellt (sog. Nötigungsnotstand). Daher wird von der h. M. eine Anwendung von § 34 zu Recht auf den Nötigungsnotstand abgelehnt.

### 3. Schuld

In Betracht kommt als Entschuldigungsgrund § 35 I. Dafür muss die Gefahr einem der darin aufgezählten Rechtsgüter – hier: Leib – beim Täter – hier: K – oder einer nahestehenden Person drohen; eine Interessenabwägung findet dafür nicht statt, so dass K gem. § 35 I 1 hier entschuldigt ist, weil er auch nicht ausnahmsweise gem. § 35 I 2 zur Gefahrtragung verpflichtet ist.

## **Exkurs: §§ 218 ff. StGB**

### **I. Rechtsgut und Geschichte**

§§ 218 ff. schützen das ungeborene Leben. Insoweit trifft den Gesetzgeber eine staatliche Schutzpflicht (BVerfGE 39, 1); in Folge des 1. Abtreibungs-Urteils des BVerfG ist die zuvor beschlossene erste Fristenlösung von 1974 nie Gesetz geworden, weil im Widerstreit der Interessen der Schwangeren (an einer Beendigung ihrer Schwangerschaft) und dem Lebensrecht des Embryos letzteres auch nicht für eine bestimmte Frist (3 Monate) gänzlich zurücktreten kann. 1976 wurde daher die sog. Indikationenlösung kodifiziert, d.h. dass eine Abtreibung innerhalb der ersten drei Monate durch vier verschiedene Indikationen (= Rechtfertigungsgründe) gerechtfertigt sein konnte (medizinische, kriminologische, embryopathische und soziale Notlagen-Indikation). Bei der embryopathischen Indikation (Verdacht auf schwere Behinderung, insbesondere sog. Down-Syndrom/Trisomie 21) war die Frist auf 22 Wochen verlängert, weil erst zu diesem Zeitpunkt eine Feststellung möglich war. In der Praxis erfasste die soziale Notlagen-Indikation mehr als 90 % aller Abtreibungen. Es gab ein erhebliches Dunkelfeld und einen gewissen Abtreibungstourismus in die liberaleren Niederlande. Man geht in den 1980er Jahren von ca. 300.000 Abtreibungen pro Jahr aus (zum Vergleich in der Weimarer Republik bei vollkommener Illegalität zwischen 800.000 und 1 Mio.). In der DDR galt ab den 1970er Jahren eine Fristenlösung; die Zahl der Abtreibungen bei deutschen Frauen war relativ gering.

Mit der Wiedervereinigung musste 1990 eine deutschlandweit einheitliche Regelung gefunden werden. Eine 1992 beschlossene gesamtdeutsche Fristenlösung wurde vom BVerfG (E 88, 203) kassiert, weil es in den ersten drei Monaten kein ausreichendes Schutzkonzept für das ungeborene Leben gebe und der Nichtablauf der 3-Monatsfrist als solcher nicht die Vernichtung des ungeborenen Lebens rechtfertigen könne. Allerdings könne der Strafgesetzgeber bei einem ausreichenden außerstrafrechtlichen Schutzkonzept (verpflichtende Beratung der Schwangeren vor ihrer Entscheidung) darauf verzichten, einen Schwangerschaftsabbruch in den ersten 12 Wochen strafrechtlich zu erfassen, indem der Tatbestand nicht verwirklicht wird (heute § 218a Abs. 1). Während die vorausgegangenen Fristenlösungen einen Schwangerschaftsabbruch in den ersten 12 Wochen für gerechtfertigt angesehen haben (= kein Unrecht i.S.d. Gesamtrechtsordnung), führt diese Tatbestandslösung dazu, dass zwar mangels Tatbestandsmäßigkeit eine Strafbarkeit ausscheidet, das Strafrecht aber nicht über die Rechtswidrigkeit entscheidet. => Daher wird heute nicht zu Unrecht oft angenommen, eine Abtreibung aufgrund der Fristenlösung sei zwar nicht strafbar, aber im Lichte der Gesamtrechtsordnung (Sozialrecht etc.) doch rechtswidrig, d.h. Unrecht. Daraus folgt, dass die Krankenkasse solche Schwangerschaftsabbrüche nicht bezahlen muss. Nach dem BVerfG (E 88, 203, 297) wie auch der Gesetzesbegründung soll allerdings gegen Abtreibungen im Rahmen der Fristenlösung Nothilfe zugunsten des ungeborenen Lebens (etwa durch den Vater) gegenüber der Schwangeren wie auch dem medizinischen Personal nicht zulässig sein (dazu *Lackner/Kühl*, Vor §§ 218-219b Rn. 25). Inzwischen ist die Dunkelziffer gering; die Zahl der Abbrüche beträgt ca. 100.000.

### **II. Heutige Systematik**

§§ 218 ff. StGB erfassen zwei Gruppen von Schwangerschaftsabbrüchen:

- diejenigen aufgrund einer bloßen Fristenlösung gem. § 218a I (= Tatbestandsausschluss) sowie

- diejenigen aufgrund medizinisch-psychologischer (Abs. 2) und kriminologischer (Abs.3) Indikation (= Rechtfertigungsgründe), bei denen anders als bei ersteren kein Unrecht im Sinne der Gesamtrechtsordnung vorliegt.

=> Zu den Indikationen:

- Die weiter gefasste medizinische Indikation erfasst auch Fälle, in denen eine drohende Behinderung des Kindes für die Schwangere zu einer massiven psychischen Belastung werden kann. Faktisch erfasst diese Indikation heute auch die meisten Fälle einer embryopathischen Indikation nach früherem Recht (wegen mit der Behinderung mutmaßlich verbundener psychischer Probleme). Da bei einer medizinischen Indikation eine Frist ausscheiden muss, weil auch in einem fortgeschrittenen Stadium der Schwangerschaft nicht das Leben der Mutter hinter das Lebensrecht des Fötus zurücktreten kann, besteht auch bei erwarteter Behinderung die Gefahr, dass eine Abtreibung noch kurz vor dem errechnete Geburtstermin stattfindet (die frühere 22-Wochen-Frist ist entfallen); man spricht von Spätabtreibungen, bei denen allerdings seit 2009 eine Bedenkfrist zwischen der Beratung und dem Eingriff liegen muss (nicht bei medizinischen Gefahren für Leib und Leben der Mutter).

- Die kriminologische Indikation ist durch die erhebliche Ausweitung des Sexualstrafrechts 2016 mittelbar ebenfalls massiv ausgeweitet worden, weil jetzt jeder abgelehnte Sexualverkehr (Nein heißt Nein) eine Strafbarkeit nach § 177 begründen kann.

### III. Struktur des Abtreibungsstrafrechts

**1. Täter** eines Schwangerschaftsabbruchs ist in Deutschland nicht nur der Arzt bzw. ein von außen Einwirkender, sondern auch die Schwangere selbst, wenn sie auf den Fötus einwirkt oder dem Arzt einen solchen Eingriff gestattet.

**2. Tathandlung** ist der Abbruch der Schwangerschaft nach Nidation (§ 218 I 2) durch äußere oder innere Einwirkung; die „Pille danach“ verhindert die Nidation, so dass es sich dabei nicht um eine Abtreibung i.S. der §§ 218 ff. handelt.

**3.** Strafbar ist auch die **versuchte Abtreibung** (§ 218 IV 1), nicht allerdings für die Schwangere (§ 218 IV 2). Führt der Versuch einer Abtreibung zu einer (Früh-)Geburt, gelten ab Beginn der Eröffnungswehen nicht mehr §§ 218 ff., sondern §§ 211 ff., so dass das Kind nicht (mehr) getötet werden darf (auch nicht durch Unterlassen!). Deswegen wird heute bei sog. Spätabtreibungen (typischerweise nach der 22. Woche) dem Fötus eine Spritze ins Herz gesetzt, die den Herzschlag vor der Austreibung beendet, so dass kein Kind mehr geboren werden kann.

**4. Nicht strafbar** sind die fahrlässige Abtreibung und die vorgeburtliche Schädigung des Fötus im Mutterleib.

### IV. Aktuelle kriminalpolitische Frage: Quo vadis § 219a?

Werbung für Schwangerschaftsabbruch soll strafbar bleiben, doch dürfen Ärzte darüber informieren, dass sie einen Schwangerschaftsabbruch auch im Rahmen der Fristenlösung vornehmen; durch Link auf andere Stellen können auch Techniken etc. mitgeteilt werden (außerdem natürlich auf Anfrage).

### V. Strafrecht als ultima ratio?

Als probates und milderes Mittel gegenüber einer Abtreibung gilt gemeinhin die Verhütung. Deshalb ist die Kostenfreiheit für die Anti-Baby-Pille für bis 22-Jährige ein Bestandteil des gesetzlichen Schutzkonzepts zur Verhinderung von Schwangerschaftsabbrüchen und damit Eingriffen in das ungeborene Leben.

### **Versuch und Rücktritt**

**Fall 1: Gifffalle** – BGHSt 43, 177 (m. Anm. Kudlich, JuS 1998, 596; Wolters, NJW 1998, 578): In das Haus des Apothekers A waren eines Nachts Unbekannte eingedrungen, hatten sich Speisen zubereitet und mehrere Flaschen ausgetrunken. Außerdem hatten sie mehrere Elektrogeräte ins Dachgeschoss verbracht, weshalb A und die Polizei davon ausgingen, die Einbrecher würden in den nächsten Tagen diese abholen. In der nächsten Nacht lauerten deshalb vier Polizisten den Einbrechern auf. A selbst hatte am Nachmittag in seiner Verärgerung im Erdgeschoss eine handelsübliche Steingutflasche aufgestellt, in die er ein schnell und oft tödlich wirkendes Gift gefüllt hatte. Er nahm dabei billigend in Kauf, dass davon die Einbrecher trinken und tödliche Vergiftungen erleiden könnten. Als ihm später Bedenken kamen, dass auch die im Haus anwesenden Polizisten in Gefahr sein könnten, wies er diese auf die Gefahr hin. Am nächsten Morgen wurde A von einem Kriminalbeamten telefonisch aufgefordert, die Giffflasche zu beseitigen, was er zunächst ablehnte. Später erklärte sich A mit einer Sicherstellung durch die Polizei einverstanden. Hat A sich gem. §§ 212, 22 strafbar gemacht?

**Fall 2: Grober Unverstand?** – BGHSt 41, 94: A sprühte ein Insektengift zweimal etwa 1 Sekunde lang auf das Vesperbrot ihres Ehemannes E. Dieser verzichtete jedoch auf den Verzehr des Brotes, nachdem er einen ersten Bissen wegen des bitteren Geschmacks ausgespuckt hatte. Die ganze Sprühdose enthielt nur 0,85 mg des Giftes Fenitrothion; um einen Menschen zu töten, wären bei oraler Einnahme aber 40 mg erforderlich gewesen. Ist A wegen §§ 212, 22 strafbar?

**Fall 3: Eifersucht** – BGHSt 34, 54: E, die frühere Lebensgefährtin des A, lässt sich nach einem Kneipenbesuch nicht von A sondern von D heimfahren. A, der in Bezug auf den Umgang mit E noch immer gewisse Vorrechte für sich reklamiert, ist darüber wütend und verfolgt die beiden. Vor E's Wohnung fährt er an ihnen vorbei, als sie gerade aus dem Pkw aussteigen. A entschließt sich nunmehr in eifersüchtig wütender Gefühlsaufwallung, den D zu überfahren und dadurch zu töten. Er fährt gezielt auf den inzwischen vor E stehenden D zu, der sich aber in letzter Sekunde durch einen Sprung zur Seite retten kann. E wird erfaßt, hochgeschleudert und schwer verletzt. Als A sieht, dass sein Plan bzgl. D gescheitert ist, steigt er aus und stürzt sich auf D, um ihn zu erwürgen. In Todesangst kann sich D aus dem Würgegriff befreien und A, der inzwischen auf ihn einschlägt, überreden, für E Hilfe zu holen. E wird gerettet. Strafbarkeit des A wegen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten?

**Fall 4: Denkkzettel** – BGHSt 39, 221 (Großer Senat [GrS]; vgl. auch BGH NJW 1993, 943): A stößt dem ihm körperlich unterlegenen Mitbewohner B ein Messer mit 12 cm langer, spitz zulaufender Klinge mit einem kräftigen Stoß in den Leib, um ihm einen „Denkkzettel“ zu verpassen und ihm unmissverständlich klarzumachen, dass er keine Gegenwehr dulde; er nahm dabei dessen Tod billigend in Kauf. Durch den Stich erlitt B im Oberbauchbereich lebensgefährliche Verletzungen. A zog nach dem Stich das Messer aus dem Körper des Verletzten. B blieb stehen und verspürte zunächst kaum Schmerzen. A verließ den Raum, weil er sein Ziel ja erreicht hatte; ob er zu diesem Zeitpunkt den Eintritt des Todes von B aufgrund seines Messerstiches für möglich gehalten hat, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Ein anderer Mitbewohner legte B

einen Notverband an. Mit diesem begab er sich zum Arzt. B wurde gerettet, wäre aber ohne ärztliche Hilfe binnen 24 Stunden verstorben. Strafbarkeit des A wegen versuchten Totschlags?

**Fall 5: Gedankenlos** – BGHSt 40, 304: Nach einer tätlichen Auseinandersetzung der Brüder A und B in der Wohnung der C forderte B den A auf, die Wohnung zu verlassen, was dieser auch tat. Als B kurz darauf bemerkte, dass A seine Tasche vergessen hatte, nahm er diese und trug sie hinaus auf den Hof. A, der gerade über den Hof ging, drehte sich um, ging auf B zu und stach ihm zweimal mit einem mitgeführten Springmesser in den Oberbauch, wodurch B lebensgefährliche Verletzungen davontrug. A nahm dabei den Tod von B billigend in Kauf. Nachdem er die Stiche geführt hatte, machte sich A jedoch keine Vorstellung darüber, ob die Stiche tatsächlich zum Tode führen würden. B wurde gerettet. Strafbarkeit des A wegen versuchten Totschlags?

**Fall 6: „Ich lebe noch“** – BGHSt 36, 224: Um N zu töten, stach A mit einem Messer vor allem auf dessen linke Oberkörperhälfte ein. Mit den Worten „Jetzt bist Du erledigt!“ ließ er schließlich von N ab, da er dachte, alles zur Tötung erforderliche getan zu haben. N erwiderte jedoch „Ich lebe noch, ich rufe die Polizei!“ und lief davon. A folgte ihm nicht. N war zwar schwer, aber nicht lebensgefährlich verletzt. Strafbarkeit des A wegen §§ 212, 22?

## Der strafbare Versuch

### Allgemeines:

- Bloße Vorbereitungshandlungen zu einer Straftat sind grundsätzlich nicht strafbar; lediglich die Verabredung u. ä. zu einem Verbrechen (aber nur dazu! – Abgrenzung nach § 12 I) ist nach § 30 II strafbar (→ näher Anfang SoSe). Strafbar wegen Verabredung ist nur, wer an dem geplanten Verbrechen als Mittäter mitwirken sollte; bloße Gehilfenbeiträge genügen demnach nicht.
- Die nur versuchte Anstiftung (§ 26) ist nur strafbar, wenn es sich bei der intendierten Haupttat um ein Verbrechen iSv § 12 I handelt (§ 30 I; Ausnahme in § 160 II). Versuchte Beihilfe (§ 27) ist nicht strafbar.
- Strafbar ist auch der untaugliche Versuch (Umkehrschluss aus § 23 III), entweder mit einem zur Tatbestandsverwirklichung obj. unzureichenden Mittel (vgl. BGHSt 41, 94) oder an einem untauglichen Objekt (zB Tötungsversuch an einer Leiche oder einem Baumstumpf, den der Täter für einen kauernenden Menschen hält). Nur bei sog. „grob unverständigen Versuch“ kann gem. § 23 III ausnahmsweise von Strafe abgesehen werden (muss aber nicht!). Da es sich nur um einen fakultativen Strafabsehensgrund handelt, ist dieser erst nach Verneinung eines auch beim grob unverständigen, untauglichen Versuch denkbaren strafbefreienden Rücktritts zu problematisieren.

## Aufbau

### Vorprüfung:

- *Nichtvollendung der Tat* (Fehlen einzelner objektiver Tatbestandsmerkmale, der Kausalität von Täterhandlung und Taterfolg bzw. der objektiven Zurechnung) – **Hinweis:** Ist diese Nichtvollendung der Tat aber nach dem SV nicht völlig zweifelsfrei gegeben (zB das Mordopfer lebt nach dem SV auch nach der Tat), immer zuerst prüfen, ob der Täter sich wegen des vollendeten (und nicht nur versuch-

ten) Tatbestandes strafbar gemacht hat! Anschließend kann man bei der Prüfung des versuchten Delikts (nur wenn das vollendete verneint worden ist) bei den meisten Prüfungspunkten nach oben verweisen.

- *Strafbarkeit des Versuchs* (bei Verbrechen [§ 12 I – für die Mindeststrafe kommt es nicht auf das Strafmaß für minder oder besonders schwere Fälle an, selbst wenn es sich dabei um Regelbeispiele wie zB in § 243 I 2 handelt] immer, bei Vergehen nur, wenn im jeweiligen BT-Tatbestand ausdrücklich vorgeschrieben [zB § 223 II, 242 II]; vgl. § 23 I).

## 1. Tatbestandsmäßigkeit:

- a) **Subjektiver Tatbestand (*Tatentschluss*)**: Der Vorsatz des Täters muss sich auf die Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen. Solange sich der Täter noch nicht entschieden hat, ob er wirklich „losschlagen“ will oder nicht, fehlt es daher am notwendigen Tatentschluss; Tatentschluss ist dagegen zu bejahen, wenn der Täter seinen Entschluss endgültig gefasst hat, diesen aber noch vom Eintritt weiterer Bedingungen abhängig machen will. Zusätzlich müssen alle vom jeweiligen BT-Tatbestand vorgeschriebenen subjektiven Merkmale (zB Zueignungsabsicht in § 242, Mordmerkmale § 211 II Gruppe 1 u. 3) beim Täter vorliegen. Geht es um den Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts, muss der Vorsatz des Täters auch die Umstände, die seine Garantenstellung begründen (vgl. § 13), umfassen. – **Hinweis**: In der Klausur verschiebt sich der Schwerpunkt der Tatbestandsprüfung beim Versuch vom obj. zum subj. Tatbestand; bereits für die Bejahung des Tatentschlusses bzgl. eines bestimmten Tatbestandes muss vollständig geprüft werden, ob das, worauf der Täter seinen Vorsatz gerichtet hat, die Merkmale des fraglichen Tatbestandes erfüllen würde (wenn es tatsächlich so eingetreten wäre!). Daher muss an dieser Stelle auf die Auslegungsprobleme (auch) hinsichtlich der obj. Tatbestandsmerkmale eingegangen werden!
- b) **Objektiver Tatbestand (*Unmittelbares Ansetzen*)**: Der Täter muss nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung unmittelbar angesetzt haben (§ 22). Dies ist der Fall, wenn nach dem Tatplan des Täters – dieser Plan muss dafür objektiv betrachtet werden – bereits die letzte Handlung vor Verwirklichung des Tatbestandes eingesetzt hat und dadurch bereits (nach der Vorstellung des Täters) die Gefahr räumlich und zeitlich nahe gekommen ist (hier spielt die tatsächliche Gefährdung eines Rechtsguts keine Rolle! – das zeigt die Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs, vgl. § 23 III). – Bei *Mittäterschaft* (§ 25 II) genügt, dass nur einer der Mittäter die Grenze zum unmittelbaren Ansetzen überschreitet; umstr. ist, ob dies sogar schon dann gilt, wenn jemand irrig von Mittäterschaft und einem unmittelbaren Ansetzen des anderen ausgeht (bejahend *BGHSt* 40, 299). Bei *mittelbarer Täterschaft* (§ 25 I, 2. Alt.) genügt für die Annahme eines Versuchs nach hM, dass der (mittelbare) Täter das von ihm in Gang gesetzte Geschehen aus der Hand gibt, ohne auf seine Verwirklichung weiter Einfluss zu haben, während nach aM erst mit dem unmittelbaren Ansetzen des Werkzeuges auch für den Hintermann die Versuchsschwelle überschritten ist. Beim *Unterlassungsdelikt* ist str., ob es auf das Verstreichenlassen der ersten oder der letzten Rettungsmöglichkeit für das Opfer oder (vermittelnd) darauf ankommt, dass die erste Rettungsmöglichkeit nach Naherücken des tatbestandsmäßigen Erfolges ausgelassen worden ist. – **Hinweis**: Die Prüfung des obj. Tatbestandes beim nur versuchten Delikt beschränkt sich auf eine Prüfung, ob der Täter bereits unmittelbar angesetzt hat! Sofern noch zu klären ist, ob der obj. Tatbestand nicht vielleicht doch eingetreten ist, muss dies vor der Versuchsprüfung innerhalb einer Prüfung des vollendeten Delikts untersucht werden; bei Verneinung des obj. Tatbestandes ist dann in der Vorprüfung beim Versuch diese Nichtvollendung als ei-

ner Voraussetzung der Strafbarkeit wegen Versuchs ohne weitere Prüfung (diese ist ja bereits zuvor erfolgt!) zu bejahen, so dass im Rahmen des obj. Tatbestandes beim versuchten Delikt kein Raum mehr für eine Vollendungsprüfung bleibt.

## 2. Rechtswidrigkeit:

Keine Besonderheiten; auch der Versuch eines BT-Tatbestandes kann durch alle anerkannten Rechtfertigungsgründe (ausnahmsweise) gerechtfertigt sein.

## 3. Schuld:

Auch hier bestehen keine Besonderheiten zum vollendeten Delikt.

**4. Rücktritt vom Versuch (persönlicher Strafaufhebungsgrund):** Bevor man die Voraussetzungen einer Strafbefreiung wegen Rücktritts vom Versuch prüft, muss man nach ganz hM und Rspr. untersuchen, ob der strafbare Versuch (den man ja davor bejaht hat!) deshalb nicht rücktrittsfähig ist, weil es sich um einen sog. **fehlgeschlagenen Versuch** handelt; fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn der Täter zzt. des Aufgebens der Tat (= Rücktrittshorizont) subj. davon ausgeht, er könne die Verwirklichung des Tatbestandes (namentlich den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs, zB bei § 212 den Tod des Opfers) mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ohne Zäsur nicht erreichen (zB beim Versuch des Erschießens geht der einzige Schuss fehl und der Täter sieht kein anderes Mittel, um den Tod des Opfers noch herbeizuführen) – da es dabei allein auf die Sichtweise des Täters ankommt, ist der Versuch auch dann subj. fehlgeschlagen, wenn es obj. noch eine Möglichkeit zur Deliktsverwirklichung gibt, welche der Täter aber nicht erkennt. Nicht in diesem Sinne subj. fehlgeschlagen ist der obj. untaugliche Versuch (vgl. § 23 III), solange der Täter den Fehlschlag nicht erkannt hat, kann er davon gem. § 24 I 2 strafbefreiend zurücktreten. Ist der Versuch nicht subj. fehlgeschlagen und damit noch rücktrittsfähig, ist zu unterscheiden der Rücktritt vom unbeendeten oder beendeten Versuch beim Einzeltäter (§ 24 I, vgl. *BGHSt* 39, 221) vom Rücktritt eines von mehreren Tatbeteiligten (§ 24 II):

a) **Unbeendeter Versuch:** Ein Versuch ist unbeendet, wenn der Täter noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Tatbestandes notwendig ist; entscheidend ist hierfür nach der neueren Rspr die Vorstellung des Täters zzt. des Rücktritts (Rücktrittshorizont). Haben seine ersten Versuche – entgegen seinen Planungen – nicht das gewünschte Ziel erreicht, soll es nach hM und neuerer Rspr darauf ankommen, ob er noch weitere Mittel sieht, um die Tatbestandsverwirklichung noch eintreten zu lassen. Möglich ist sogar noch eine Korrektur des Rücktrittshorizonts, wenn der Täter den Versuch zunächst für beendet angesehen hatte, danach aber sogleich bemerkt, dass er doch noch unbeendet war (zB das nicht verletzte Opfer fällt vor Schreck nach dem Schuss des Täters um; dieser hält es für tödlich verletzt, um unmittelbar danach feststellen zu müssen, dass das Opfer unverletzt aufsteht). Macht sich der Täter gar keine Vorstellung darüber, ob er bereits alles zur Tatbestandserfüllung erforderliche getan hat, liegt ein beendeter Versuch vor (*BGHSt* 40, 304). – Beim unbeendeten Versuch genügt die (freiwillige) Aufgabe der Tatausführung durch den Täter (§ 24 I S. 1, 1. Alt.). Dafür muss der Täter von der (konkreten) Tat endgültig Abstand nehmen; ein bloßes Innehalten reicht nicht aus. Außerdem muss der Täter die Tat noch für vollendbar halten; daran fehlt es, wenn der Versuch aus Sicht des Täters fehlgeschlagen oder untauglich ist. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Handlungen des Täters ihr Ziel verfehlt haben und dieser erkannt hat, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den Erfolg nicht oder zumindest nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann. Der untaugliche Versuch ist nur

ausnahmsweise straffrei (vgl. § 23 III). – Die Aufgabe der weiteren Tatausführung muss **immer freiwillig** erfolgt sein. Dafür kommt es entscheidend darauf an, ob die Motivation zur Tataufgabe auf autonomen Motiven (zB Reue, Scham, Furcht vor Strafe) oder auf heteronomen (zB Entdeckung durch Polizei) beruht.

- b) **Beendeter Versuch:** Beendet ist der Versuch, wenn der Täter alles nach seiner Vorstellung zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan hat. Dafür genügt, dass er nach seiner Tathandlung den Erfolgseintritt für möglich hält, auch wenn dies objektiv nicht zutreffen sollte. Beim beendeten Versuch muss der Täter freiwillig die Vollendung der Tat verhindern, was neben dem Entfalten von irgendeiner (bewussten) Aktivität auch das Verhindern des Erfolgseintritts erfordert (der Täter trägt also das Risiko, dass trotz seinen Verhinderungsbemühungen der Erfolg doch noch eintritt; anders nur in der Ausnahmekonstellation, dass ihm ein späterer Erfolgseintritt nicht mehr objektiv zugerechnet werden kann). – Kommt es ohne sein Zutun nicht zur Tatvollendung, genügt für Strafflosigkeit des Täters, dass er sich freiwillig und ernsthaft um die Verhinderung der Vollendung bemüht hat (§ 24 I S. 2; zB Dritte retten das verletzte Opfer, während der Täter einen Notarzt holt).
- c) **Rücktritt bei Tatbeteiligung mehrerer:** Hier ist der einzelne (Mittäter, Gehilfe etc.) grundsätzlich erst dann strafbefreiend zurückgetreten, wenn er den Taterfolg verhindert hat (§ 24 II S. 1). Ausnahmsweise genügt auch hier sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn diese entweder ohne sein Zutun überhaupt nicht vollendet oder unabhängig von seinem Tatbeitrag begangen wird (§ 24 II S. 2). – Wie auch beim beendeten Versuch der Einzeltäter muss der Tatbeteiligte in jedem Fall aktiv werden und trägt das Risiko des Misslingens seiner Rücktrittsbemühungen. So genügt im Falle des § 24 II S. 2, 2. Alt. nicht, dass er seinen Tatbeitrag quasi „zurücknimmt“, wenn er sich nicht darüber hinaus um die Verhinderung der Tatvollendung bemüht.
- d) **Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts:** Nach einer verbreiteten Ansicht kann es auch hierbei (für den Einzeltäter) eine Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch geben, obwohl in jedem Fall irgendeine Aktivität durch den Täter entfaltet werden muss: Unbeendet soll der Versuch danach sein, wenn der Täter nur die ursprünglich gebotene (und unterlassene) Handlung nachzuholen braucht, während er beendet sein soll, wenn gegenüber der ursprünglich gebotenen Handlung nunmehr intensivere Rettungsbemühungen erforderlich wären. – Der *BGH* (NStZ 1997, 485) hat diese Unterscheidung abgelehnt; wegen der immer bestehenden Pflicht, tätig zu werden, könne es für Unterlassungsdelikte keinen unbeendeten Versuch geben. Danach trägt auch der Einzeltäter immer das Risiko eines Misslingens seiner Rettungsbemühungen (vgl. *Lackner/Kühl* StGB § 24 Rn 22a mwN).
- e) **Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch?** Weil es sich nach § 18 auch bei erfolgsqualifizierten Delikten (zB § 251) um Vorsatzdelikte handelt, können diese auch versucht werden (zu den einzelnen Versuchskonstellationen vgl. *Rath* JuS 1999, 140). Tritt dann bereits mit dem Versuch des Grundtatbestandes (zB § 249) die schwere Folge (zB Tod des Opfers aufgrund der Gewalteinwirkung) ein, ist umstr., ob der Täter durch Aufgabe des begonnenen Raubes auch von §§ 251, 22 strafbefreiend zurücktreten kann. Rspr und hM bejahen dies mit dem überzeugenden Argument, dass die Erfolgsqualifikation auf dem Grunddelikt ruht, so dass dessen Wegfall durch Rücktritt zwingend auch die Erfolgsqualifikation entfallen lässt (vgl. *Lackner/Kühl* § 24 Rn 22).

**Sonderproblem: Rücktritt vom vollendeten Delikt bzw. wegen *Tätiger Reue*?**

Ausgeschlossen ist ein (strafbefreiender) Rücktritt vom Versuch immer dann, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg bereits vollständig und dem Täter auch obj. zurechenbar eingetreten, die Straftat also vollendet ist (denn dann handelt es sich ja gar nicht mehr um einen *Versuch* derselben, von welchem nach § 24 noch zurückgetreten werden könnte). Insbes. wenn Tatbestände aber so weit gefasst sind, dass bereits Vorbereitungs- oder Versuchshandlungen zum später intendierten Erfolg als vollendete Straftat gewertet werden, kann das Fehlen einer Rücktrittsmöglichkeit vor Eintritt der besonderen Gefahr o. ä. unbefriedigend sein. So genügt für die Verwirklichung einer vollendeten Urkundenfälschung nach § 267 I 1. Alt. das bloße Herstellen einer unechten Urkunde, so dass ein späteres Absehen von deren Ingebrauchnahme am Fortbestehen der Strafbarkeit wegen § 267 nichts mehr ändern kann, obwohl das von § 267 geschützte Rechtsgut der Sicherheit und Beweiskräftigkeit von Urkunden im Rechtsverkehr mangels späterer Benutzung (und sogar möglicherweise Vernichtung) der verfälschten Urkunde gar nicht tangiert werden kann.

In einigen Tatbeständen hat der Gesetzgeber für solche Fälle eines „Tataufgebens nach Vollendung des Tatbestandes“ die Möglichkeit von Straffreiheit oder Strafmilderung wegen *Tätiger Reue* geschaffen (zB §§ 306e, 314a, 330b u. a.; nicht immer wird dabei vom Gesetzgeber der Begriff „Tätige Reue“ verwendet, auch wenn es um eine solche inhaltlich geht [vgl. zB § 142 IV]). Ob der zugrunde liegende Rechtsgedanke, der der „Goldenen-Brücke-Funktion“ des Rücktritts vom Versuch entspricht, auf ähnliche Tatbestände – bei denen es an einer solchen Bestimmung fehlt – analog angewandt werden kann, ist höchst umstritten. Auch wenn es sich dabei um eine Analogie zugunsten des Täters handeln würde, die nicht vom strafrechtlichen Analogieverbot erfasst ist, stellt sich schon die Frage nach einer planwidrigen Regelungslücke im StGB, weil der Gesetzgeber zuletzt 1998 mit dem 6. StrRG die Fälle *Tätiger Reue* teilweise neu gefasst und insges. erweitert hat, ohne allerdings alle denkbaren und bislang in diesem Zusammenhang auch diskutierten Fallkonstellationen abzudecken. In der Praxis wird man sich weitgehend mit Strafzumessungsgedanken behelfen. In der Klausur müssen Fälle ausdrücklicher *Tätiger-Reue*-Vorschriften immer geprüft werden; eine analoge Anwendung auf andere Konstellationen sollte man – ausnahmsweise – nur dann erwägen, wenn wirklich die durch die Verletzung des Tatbestandes geschaffene Gefahr durch den Täter wieder vollständig aus der Welt geschaffen wurde. In einem solchen Ausnahmefall wird man je nach Argumentation eine Analogie bejahen oder auch verneinen können.

## Lösungsskizze – Fall 3 „Eifersucht“

### Strafbarkeit des A

#### I. §§ 212, 211, 22 zN der E (durch Anfahren)

- Nichtvollendung der Tat (+); T lebt noch.
- Strafbarkeit des Versuchs wegen des Verbrechenscharakters von § 212 (Mindeststrafe sogar 5 Jahre; vgl. §§ 12, 23 I)

##### 1. Tatbestand

**Subjektiv (Tatentschluss):** A wollte D, nicht E töten. Allerdings hätte er auch bzgl. der E Tötungsvorsatz, wenn es sich um einen grundsätzlich unbeachtlichen error in persona gehandelt hätte; dafür hätte A aber die E irrig als sein Opfer anvisiert haben müssen, was nicht der Fall ist. Es handelt sich vielmehr um eine aberratio ictus, bei der nach hM ein Vorsatz bzgl. des tatsächlich getroffenen Opfers ausscheidet. Damit hatte A keinen Tatentschluss bzgl. der E.

##### 2. Zwischenergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 212, 22 zN der A strafbar gemacht.

#### II. § 229 zN der A (+)

#### III. §§ 212, 211, 22 zN des D

- Nichtvollendung der Tat (+)
- Strafbarkeit des Versuchs (+; s.o.)

##### 1. Tatbestand

**a) Subjektiv (Tatentschluss):** A hatte die Absicht, den D zu töten. Als Mordmerkmal käme Eifersucht als ein niedriger Beweggrund in Betracht, doch steht erst die übersteigerte, nicht schon jeden verständliche Eifersucht sittlich auf so niedriger Stufe, dass sie als ein niedriger Beweggrund angesehen wird. Das lässt sich vorliegend wohl nicht klar sagen; doch ist dann im Zweifel kein Mord anzunehmen (hier aber beides gut vertretbar).

**b) Objektiv (unmittelbares Ansetzen):** A müsste gem. § 22 zur Tötung des D bereits unmittelbar angesetzt haben; dafür müsste er sich nach seinem Tatplan mind. in der letzten Phase vor der plangemäßen Tatbestandsausführungshandlung befunden haben. Indem A hier auf D zu- und an diesem schon vorbeifährt, hat er bereits die geplante Tatbestandsausführungshandlung für das Überfahren begangen und damit auch unmittelbar zur Tötung des D angesetzt.

##### 2. Rechtswidrigkeit (+)

##### 3. Schuld (+)

##### 4. Rücktritt

In Betracht kommt ein Rücktritt gem. § 24 I 1 Alt. 1. Der Versuch ist unbeendet, weil aus Sicht des A er noch nicht alles getan hat, um den tödlichen Erfolg zu bewirken, so dass eigentlich ein Rücktritt durch bloßes Nichtweiterhandeln möglich ist; auf weitere Tötungshandlungen verzichtet A auch freiwillig, denn es bleibt seine Entscheidung, dem Ansinnen des D nachzukommen und deswegen von diesem abzulassen. Fraglich ist aber, ob ein strafbefreiender Rücktritt nicht bereits deswegen ausscheiden muss, weil die von A zunächst geplante Tötungshandlung (Überfahren) nicht zum Erfolg geführt hat und deswegen dieser Tötungsversuch fehlgeschlagen ist bzw. der Rücktritt aufgrund des Fehlschlages nicht mehr freiwillig erfolgt. Nach heute hM in Lit. und Rspr. kommt es aber auf eine Gesamtbetrachtung z. Z. des Rücktritts (Rücktrittshorizont) des Täters an; stehen dem Täter dann noch – auch ursprünglich in die Planung nicht einbezogene und sogar weniger erfolgsversprechende – Mittel

zur Bewirkung des tatbestandlichen Erfolges zur Verfügung, ist der Versuch nicht fehlgeschlagen. Da hier A nach dem Misslingen des Überfahrens noch zB den D zu erwürgen und sodann zu erschlagen als Tötungsmöglichkeit sieht, ist demgemäß sein Tötungsversuch nicht fehlgeschlagen, so dass er durch die Aufgaben dieser weiteren Tötungsmittel strafbefreiend vom Tötungsversuch zurückgetreten ist.

**IV. §§ 223 I, 224 I Nr. 5 zN des D (+)**

[Ein Rücktritt kommt angesichts der Vollendung der Körperverletzung mit dem Würgen und Schlagen, weil es sich damit nicht mehr um einen Versuch handelt, hier keinesfalls in Betracht]

## Exkurs: actio libera in causa (alic)

**1. Vorüberlegung:** Da die alic nur eine Hilfskonstruktion zur Erfassung einer nicht explizit im Gesetz angeordneten Strafbarkeit trotz Schuldunfähigkeit darstellt, **setzt ihre Erörterung im Prüfungsaufbau notwendig eine Feststellung der Schuldunfähigkeit gem. § 20 bzw. deren Nichtausschließbarkeit in dubio pro reo voraus** (nicht bloß verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21). Da nach der Rspr. für die Verneinung von § 20 genügt, wenn der Täter zu Beginn der Tatausführung (= unmittelbares Ansetzen i. S. v. § 22) noch schuldfähig war und erst während der Tatausführung schuldunfähig wurde, scheidet in diesen Fällen ein Rekurs auf die alic aus.

Daher ist regelmäßig mit der Prüfung des „normalen“ Delikts zu beginnen (z. B. „I. § 212“) und erst unter „3. Schuld“ nach Bejahung von § 20 (bzw. des Nichtausschließbarkeit) zu prüfen, ob aufgrund des Vorliegens einer alic ausnahmsweise doch Schuldfähigkeit gegeben sein soll.

**2. Voraussetzungen der alic:** Wie bei der Prüfung eines ETI **empfiehlt es sich m. E. auch hier, erst die Voraussetzungen einer alic zu prüfen**; sind diese zu verneinen, ist der Streit um die rechtlich „richtige“ Behandlung der alic irrelevant. Die **vorsätzliche alic** setzt voraus:

- **Vorsatz bzgl. des Betrinkens** (dol. event genügt)
- **Vorsatz bzgl. der nachmalig zu begehenden Tat bereits z. Z. des Betrinkens** (jedenfalls vor Eintritt des zur Schuldunfähigkeit führenden „Trinkerschlucks“); hier müssen alle subj. Tatbestandselemente der geplanten Tat vorliegen, d. h. auch Zueignungsabsicht bei § 242 etc. Spezielle Probleme ergeben sich bei einem error in persona während der Rauschtat.

Bei der **fahrlässigen alic** muss mind. Fahrlässigkeit in Bezug auf das Sich-Betrinken sowie auf die spätere Tatbegehung vorliegen.

**3. Zur rechtlichen Behandlung der alic gibt es drei Lösungswege:**

(1) **Ausnahmemodell** (Annahme von Schuldfähigkeit trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des § 20 z. Z. der Tatbegehung aufgrund der alic) – dafür sprechen sicherlich systematische und Gerechtigkeitserwägungen, dagegen m. E. der eindeutige Wortlaut von § 20 und damit Art. 103 GG.

(2) **Tatbestandsmodell** (in den Tatbestand wird das Betrinken als Vorstufe der Tatbegehung miteinbezogen; zu diesem Zeitpunkt war der Täter schuldfähig und damit § 20 noch nicht einschlägig) – dafür spricht der jedenfalls nicht offensichtliche Verstoß gegen Art. 103 GG, dagegen allerdings, dass normalerweise mit Tatbegehung und Tatbestandsverwirklichung nicht auch im Vorfeld davon liegende Trinkhandlungen gemeint sind; schließlich scheidet nach dem Tatbestandsmodell eine alic bei Tätigkeitsdelikten aus.

(3) **Verneinung der alic in beiden Varianten und Beschränkung auf § 323a** – das vermeidet Verstöße gegen Art. 103 GG und Friktionen mit dem strafrechtlichen Tatbegriff, führt aber m. E. unter Gerechtigkeitsaspekten zu problematischen Fällen (z. B. Mord durch einen Täter, der sich absichtlich Mut dazu angetrunken hatte)

**4. Prüfungsreihenfolge:** Da das **Ausnahmemodell** unmittelbar an § 20 ansetzt („dies gilt ausnahmsweise nicht bei der alic“) und überdies grundsätzlich für jeden Tatbestand geeignet ist, kann und sollte es im „normalen Aufbau“ in der Schuld geprüft werden. Verneint man seine Anwendbarkeit (insbes. wegen Art. 103 GG), muss man diese Prüfung mit dem Satz beenden: „Da der Täter zur Zeit der Tatbegehung nicht schuldfähig war, hat er sich nicht nach ... strafbar gemacht“. Da muss man das **Tatbestandsmodell** prüfen (Überschrift z. B. „II. § 212 i. V. m. alic“); verneint man generell (insbes. wegen des überdehnten Tatbegriffs) oder konkret für das betroffene Delikt (bei Tätigkeitsdelikten) dessen Anwendbarkeit bleibt als **subsidiärer Auffangtatbestand § 323a** (unter „III. § 323a“). Bejaht man die alic in irgendeiner Konstellation, entfällt für diesen Fall eine Prüfung von § 323a.

**Hinweis zur (Probe-)Klausur:** Die Klausur wird aus einer Fallbearbeitung und Zusatzfragen bestehen, wobei von den beiden Zusatzfragen nur eine beantwortet werden muss. Die Beantwortung der Zusatzfrage soll mit 1/6 in die Gesamtbewertung der Klausur einfließen, die Falllösung mit 5/6. Grundlage ist der im WS 2018/19 behandelte Stoff. Nicht geprüft werden aber die erfolgsqualifizierten Delikte (i.S. von § 18 StGB, d.h. §§ 226, 227 StGB) und Delikte mit einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit (z.B. §§ 231, 323a StGB)!

## Übungsfall

### 1. [Originalversion der zu Weihnachten ausgegebenen Probeklausur]

Frührentner F liegt mit seiner Ehefrau E im Bett und schläft. Mitten in der Nacht dringt völlig überraschend der erheblich angetrunkene Schwiegersohn S – der nicht mit E und F zusammen wohnt – in ihr Haus ein, stürmt in das Schlafzimmer, packt E und beschimpft sie. Trotz Beschwichtigungsversuchen des F gelingt es S, die sich heftig wehrende E an den Haaren und am Nachthemd zur Treppe zu ziehen; dort zerrt er sie nach und nach die Treppe herunter. F will E helfen. Da er sich wegen körperlicher Gebrechen zu einer tätlichen Auseinandersetzung mit S außer Stande sieht, holt er den in seinem Schreibtisch befindlichen, mit mehreren Patronen geladenen Revolver. Damit möchte F den S eigentlich nur bedrohen, um diesen zur Freilassung der E zu bewegen. Zu diesem Zweck eilt F zur Treppe, hält den Revolver in Richtung auf S und ruft diesem zu: „Lass` E los oder ich schieße“. Da S entgegen der Erwartung des F auf den Zuruf nicht reagiert – es lässt sich später nicht klären, ob S den Ruf tatsächlich verstanden hat oder nicht – und von E nicht ablässt, bekommt F große Angst um das Leben der E und sieht seine einzige Chance, den S zum Loslassen der E zu bringen, in einem Schuss auf den Oberkörper von S. Er hält es dabei für möglich, dass er den S tödlich verletzen könnte, doch ist es ihm wichtiger, dass die Leiden der E so schnell wie möglich beendet werden. Daneben ist F aber seit längerem erzürnt über seinen Schweigersohn, der seine Ehefrau T, die Tochter von E und F, schon des öfteren misshandelt hat. Der Schuss streift S nur leicht am Arm. Die Wunde wäre nicht tödlich gewesen, doch verliert S durch den plötzlichen Wundschmerz das Gleichgewicht und stürzt kopfüber die Treppe hinunter; dabei bricht er sich das Genick und verstirbt alsbald.

Strafbarkeit des F nach den §§ 211 – 231 StGB? – Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Ergänzende Frage (die beiden folgenden Fragen sind alternativ zu beantworten, so dass jede\_r Bearbeiter\_in nur eine der beiden folgenden Fragen beantworten darf; die Beantwortung beider Fragen ist nicht zulässig und führt nicht zu einer besseren Bewertung).

- a) Was ist die sog. *actio libera in causa*, skizzieren Sie ein Beispiel und wie lässt er sich innerhalb der heutigen Regelungen des StGB dogmatisch verorten?

oder

- b) §§ 211, 212 StGB weisen in ihrer heutigen sprachlichen Struktur grundlegend von anderen Straftatbeständen (z.B. §§ 223, 224 StGB) ab. Worin liegt dieser Unterschied und wie lässt er sich auch mit Blick auf die Geschichte beider Tatbestände erklären? – Hinweis: Bis 1941 hatten die beiden Normen folgenden Wortlaut (ohne Angaben zum Strafmaß, auf die es nicht ankommen soll):  
 § 211: *Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes ... bestraft.*  
 § 212: *Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlages ... bestraft.*

## Lösungsskizze zum Fall

### **A. Strafbarkeit des F wegen des 1. Schusses**

#### **I. Nach §§ 212, 22**

*Vorprüfung:* Der Todeserfolg ist beim ersten Schuss noch nicht eingetreten; die Strafbarkeit des Versuchs eines Totschlages als Verbrechen ergibt sich aus §§ 212 I, 23 I, 12 I.

#### **1. Tatbestand:**

**a) Tatentschluss:** F handelte mit *bedingtem Tötungsvorsatz*; er hielt tödliche Verletzungen des S für möglich und hat sich damit auch abgefunden bzw. nicht auf einen guten Ausgang vertraut.

**b) Unmittelbares Ansetzen:** Spätestens mit der Abgabe des Schusses hat er zur Tötung auch unmittelbar angesetzt i. S. v. § 22.

#### **2. Rechtswidrigkeit**

Als Rechtfertigungsgrund kommt Notwehr in Form der Nothilfe gem. § 32 in Betracht. *Notwehrlage* ist in Form des zzt. des Schusses andauernden und damit gegenwärtigen Angriffs von S auf die Rechtsgüter Leib, Leben, Freiheit und Ehre der E gegeben, weil S keinerlei Recht zu diesem Vorgehen hatte.

*Notwehrhandlung* (= Schuss auf den Oberkörper des S) ist jedenfalls zur sicheren Angriffsabwehr geeignet, doch müsste es sich bei dem in sehr gefährlicher Weise ausgeführten Schuss auch um das erforderliche, d. h. mildeste unter mehreren gleich wirksamen Abwehrmittel gehandelt haben. Angesichts der besonderen Gefährlichkeit von (Schuss-)Waffen werden grundsätzlich – soweit im konkreten Fall möglich – vor deren gezielten Einsatzes eine Warnung und auch ein Warnschuss verlangt. Ein Warnruf des F war erfolgt; dass S diesen möglicherweise nicht gehört hat, schadet nichts, solange F davon ausgegangen ist, die Warnung habe S erreicht<sup>1</sup>, weil das Risiko insoweit nicht beim Angegriffenen liegen kann. Ein Warnschuss wäre hier zwar möglich gewesen und hätte F auch nicht seines letzten Einsatzmittels beraubt (so bei nur einer Kugel im Lauf), ist aber hier nicht erfolgt. Dass aus Sicht des F der S den Ruf verstanden hat, macht den Warnschuss noch nicht entbehrlich, weil damit

<sup>1</sup> Vgl. *BGH* NStZ 1996, 29, 30; NStZ-RR 1999, 40, 41.

gerade erst der Ernst der Drohung verdeutlicht wird. Gegen Abgabe eines Warnschusses könnte allerdings eingewandt werden, dass dieser im Treppenhaus sehr riskant war.<sup>2</sup> Wenn man daher einen Warnschuss nicht verlangen will, könnte ein lebensgefährlicher Schuss aber deswegen nicht das erforderliche Mittel darstellen, weil ein Schuss z. B. in Arme oder Beine möglich und zur Angriffsabwehr wohl auch ausreichend gewesen wäre.

Wer gleichwohl den Schuss auf den Oberkörper als erforderliches Abwehrmittel ansieht, muss sich mit den nur ausnahmsweise zu prüfenden Einschränkungen des Notwehrrechts auf der Ebene der Gebotenheit befassen. Zwar kann das Notwehrrecht bei innerfamiliären Streitigkeiten eingeschränkt sein, doch lässt sich diese Einschränkung vorliegend nicht übertragen, weil kein Streit zwischen E bzw. F und S vorhergegangen ist und die Eheschließung der T mit S allein auf deren freier Willensentscheidung beruht, zumal T und S nicht im Haus von E und F wohnen.<sup>3</sup> Es bleibt eine Einschränkung wegen erkennbarer Angetrunkenheit und – damit verbunden – möglicherweise auszuschließender Schuldfähigkeit des S. Eine solche Einschränkung des Notwehrrechts bewirkt aber nur Pflicht z. B. zur Flucht, wenn eine solche möglich; hier ist der E aber gerade keine Flucht möglich, vielmehr droht ihr eine erhebliche Leibes-, wenn nicht sogar Lebensgefahr, die sie nicht tragen muss, nur weil der Angreifer betrunken ist.

### 3. Schuld

Als Entschuldigungsgrund<sup>4</sup> ist an § 33 zu denken. Dafür müsste es sich nach h. M. um einen intensiven Exzess, d. h. eine zu schwerwiegende Verteidigung bei gegebener Notwehrlage, handeln. Da sich F hier in einer Notwehrlage befindet (s. o.), ist dies vorliegend der Fall. Die Überschreitung der Erforderlichkeitsgrenze müsste auf einem asthenischen Affekt der Schwäche des F beruht haben; hier ist die Überschreitung (auch) durch „große Angst“ des F um Leib und Leben der E motiviert. Der daneben bestehende Zorn auf S ist hingegen kein solcher asthenischer Affekt, so dass zu klären ist, ob trotz dieser zweiten zusätzlichen Motivation § 33 wegen der Angst um E anwendbar bleibt. § 33 verlangt nur, dass Furcht etc. für die Notwehrüberschreitung mitursächlich gewesen sind,<sup>5</sup> so dass es nicht einmal darauf ankommen kann, ob der asthenische Affekt innerhalb des Motivbündels dominant war (dies ist jedoch nicht unbestritten, so dass auch das Verlangen eines Überwiegens der asthenischen gegenüber den sthenischen Affekten vertretbar ist).<sup>6</sup> Allerdings müssen die asthenischen Affekte eine gewisse Intensität erreichen, so dass nicht schon jedes Angstgefühl als „Furcht“ i. S. v. § 33 zu verstehen sein soll. Hier hat F jedoch „große Angst“ um schwerwiegende Rechtsgüter seiner Frau, so dass Furcht zu bejahen ist. Da auch bewusste Überschreitungen der Erforderlichkeitsgrenze einer Anwendbarkeit von § 33 nicht entgegenstehen, kommt es nicht darauf an, ob sich F bewusst war – was hier durchaus zu bejahen sein dürfte –, dass er in seiner Angst ein zu scharfes Mittel gewählt hat. Schließlich handelte er auch mit dem – von einigen für nötig gehaltenen – Verteidigungswillen<sup>7</sup> hinsichtlich der Rechtsgüter der E.

## II. Nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 u. 5

### 1. Tatbestand:

**a) Objektiv:** F hat mit der Schusswunde bei S jedenfalls einen pathologischen Zustand hervorgerufen (Gesundheitsbeschädigung). Dies geschah mittels einer Waffe (§ 224 I Nr. 2) und dürfte sich bei lebensnaher Betrachtung obj. auch als lebensge-

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 3200, 3202.

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 3200, 3202.

<sup>4</sup> So die ganz h. M. in Lit. u. Rspr.; vgl. *Kühl* AT 12/128 m. w. N.

<sup>5</sup> *BGHSt* 3, 194; *BGH*, NStZ-RR 1999, 264.

<sup>6</sup> *Kühl* AT 12/147 m. N. auch zur Gegenansicht.

<sup>7</sup> Vgl. *Kühl* AT 12/149a m. w. N.

fährdende Behandlung darstellen (§ 224 I Nr. 5; mangels näherer Angaben im SV aber auch das Gegenteil genauso vertretbar).

**b) Subjektiv:** Nach der heute ganz herrschenden Einheitstheorie schließt der Tötungs- einen Körperverletzungsvorsatz nicht aus (anders nach der überholten Gegensatztheorie); weil eine Verletzung zwingendes Durchgangsstadium vor dem Tod eines Menschen ist, beinhaltet der Tötungsvorsatz geradezu zwingend auch einen Körperverletzungsvorsatz.

## **2. Rechtswidrigkeit und Schuld:**

Hier gilt das oben Gesagte, so dass je nach vertretener Meinung F entweder durch § 32 gerechtfertigt oder durch § 33 entschuldigt ist.

## **B. Strafbarkeit des F wegen des 2. Schusses**

### **I. Nach §§ 212, 211, 22**

#### **1. Tatbestand:**

**a) Subjektiv:** F hatte Tötungsvorsatz in Form von Absicht.

**b) Objektiv:** F hat den S nicht getötet. Als Mordmerkmal der 2. Gruppe käme nur Heimtücke in Betracht, doch ist zwar S vielleicht wehrlos, angesichts seines vorherigen tätlichen Angriffs und des ersten Schusses z. Z. des zweiten nicht arglos.

#### **2. Rechtswidrigkeit:**

In Betracht kommt *Notwehr* gem. § 32; die Notwehrlage ist jedoch nicht mehr gegeben, weil nach Aufgabe des Angriffs von S auf die E dieser nicht mehr gegenwärtig ist.

Außerhalb der zeitlichen Grenzen einer Notwehrlage bleibt allenfalls eine Rechtfertigung durch *Notstand* gem. § 34. Die für die Notstandslage konstitutive *Gefahr* kann hier in Form einer Dauerleibesgefahr für die T bejaht werden. Allerdings ist ein wesentliches Überwiegen der Güter- und Interessenlage zugunsten der T angesichts der Tötung des S wohl kaum zu bejahen; eine Notstandsrechtfertigung scheitert aber in jedem Fall daran, dass § 34 keinesfalls die vorsätzliche Tötung der Gefahrenquelle (hier: des S) rechtfertigen kann.

#### **3. Schuld:**

Nach h. M. muss § 33 bei einem extensiven Notwehrexzess, d. h. einer zeitlichen Überschreitung der Grenzen der Notwehr auch in den Bereich eines nicht mehr gegenwärtigen Angriffs, und damit auch eine Anwendung dieses Entschuldigungsgrundes ausscheiden.

Gut vertretbar ist aber auch die Ansicht, § 33 sei unmittelbar oder analog auch auf zeitliche Überschreitungen der Notwehr anzuwenden, wenn kurz zuvor tatsächlich noch ein rechtswidriger, gegenwärtiger Angriff (= Notwehrlage) vorgelegen hat. Dann aber müsste F (auch) aufgrund eines asthenischen Affekts gehandelt haben. Die Motivation zu dem „Fangschuss“ ist ausschließlich Angst vor Misshandlungen der T; ob damit – anders als oben in Bezug auf die „große Angst“ um Leib und Leben der E – die Intensitätsschwelle zur Furcht i. S. v. § 33 bereits überschritten ist, erscheint aber deswegen fraglich, weil Furcht eben nicht mit jeder noch so unkonkreten und zeitlich erst in der Zukunft denkbaren Angst gleichzusetzen ist.

Denkbar ist auch die Bejahung von *entschuldigendem Notstand* gem. § 35 I 1, weil F von seiner Tochter T (= Angehörige) Dauerleibesgefahren abwehren will; bei den drohenden Misshandlungen dürfte es sich auch um erhebliche Verletzungen der T handeln, wie sie nach h. M. Voraussetzung der in § 35 I 1 erwähnten Leibesgefahr sind; diese müssten allerdings nur bereits jetzt abgewehrt werden können, was man bezweifeln mag. Subjektiv handelt F jedenfalls mit dem Willen zur Gefahrenabwehr. Ausnahmsweise könnte eine Entschuldigung wegen Notstands hier aber daran scheitern, dass der Täter (hier: F) i. S. v. § 35 I 2 die Gefahr selbst verursacht hat,

denn erst der Schuss zum Schutz der E begründet – auch aus Sicht des F – die daraus folgende Gefahr von Misshandlungen der T. Soweit ein Selbstverursachen der Gefahr bereits wegen bloß objektiv pflichtwidrigen Verursachens der Notstandslage (= Dauergefahr für T) anzunehmen sein soll, könnte ein solches vorliegend bejaht werden, wenn man – mit der hier vertretenen Ansicht – eine Rechtfertigung durch § 32 ablehnt (sonst ist es nicht pflichtwidrig, weil rechtmäßig); soll eine Selbstverursachung der Gefahr dagegen nur bei schuldhafter Verursachung der Notstandslage anzunehmen sein, bewirkt die Entschuldigung gem. § 33 für den ersten Schuss (mit welchem ja die Dauergefahr begründet worden ist), dass § 35 I 2 nicht anzunehmen ist. Zu dem gleichen Ergebnis wird man gelangen, wenn es entscheidend für die Bejahung einer Selbstverursachung der Gefahr darauf ankommen soll, ob der Täter sich ohne zureichenden Grund in die Gefahr begeben hat, die voraussehbar zur Notstandslage führen konnte<sup>8</sup>, denn F hat sich mit gutem Grund zur – vielleicht zu scharfen – Notwehr zugunsten der F entschlossen; für eine Verneinung der Selbstverursachung spricht hier außerdem, dass es nicht die Überschreitung der Notwehrgrenze war, die S zu den Misshandlungen der T bewegen könnte, sondern schon die Verletzung durch F, die aber in ähnlicher Weise auch in den Grenzen der Notwehr möglich gewesen wäre.

#### **4. Rücktritt**

Verneint man eine Entschuldigung, ist zu prüfen, ob im bloßen Untätigbleiben nach der erkannten Verletzung ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 I gesehen werden kann, was nur der Fall ist, wenn es sich subj. noch um einen unbeendeten Versuch handelt. Unbeendet ist ein Versuch, solange der Täter davon ausgeht, noch nicht alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben; hier hält F jedenfalls für möglich, dass seine gefährliche Handlung hierfür bereits ausreicht, was für die Annahme eines beendeten Versuchs spricht. Dann aber erfordert ein strafbefreiender Rücktritt aktive Rettungshandlungen, woran es hier fehlt.

## **II. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 u. 5**

### **1. Tatbestand:**

**a) Objektiv:** F hat S auch mit dem zweiten Schuss mittels einer Waffe und durch eine lebensgefährliche Behandlung eine Körperverletzung (bis zum Eintritt des Todes) zugefügt.

**b) Subjektiv:** Nach der Einheitstheorie hatte er auch den erforderlichen Körperverletzungsvorsatz.

### **2. Rechtswidrigkeit und Schuld:**

Hier gilt das unter B.I.2. u. 3. Gesagte gleichermaßen.

### **3. Konkurrenzen:**

Ggf. zur Klarstellung Idealkonkurrenz zu §§ 212, 22 (§ 52).

<sup>8</sup> So *Lackner/Kühl*, § 35 Rn. 8 m. N. auch zu den beiden vorgenannten Ansichten.